This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

3 2044 103 223 376

Controversen
in der Lehre vom Diebstahle.

Inaugural-Dissertation

verfaßt und der

hohen rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Kgl. Bayer. Julius-Maximilians-Universität Würzburg

zur

Erlangung der rechtswissenschaftlichen Doktorwürde

vorgelegt von

Rudolf Eckardt

aus **Chemnitz**

Referendar.

Juristisches Leihinstitut
Buchhandlung und Antiquariat
für Rechts- u. Staatswissenschaft
von
Struppe & Winckler
Berlin N.W.
Dorotheenstrasse 82
(Gegenüber dem Central-Hotel.)

Leipzig-Reudnitz.
Druck von August Hoffmann.
1899.

HARVARD
LAW
LIBRARY

Digitized by Google

HARVARD LAW SCHOOL
LIBRARY

Juriſtiſche Mietbücherei
Buchhandlung u. Antiquariat
für Rechts- und Staatswiſſenſchaft
von
Struppe & Winckler
Berlin W.
Potsdamer Straße 108
(Hauptgeſchäft)
Zwiſchen Lützow- und Steglitzer Straße.

Digitized by Google

Germany

Digitized by Google

Digitized by Google

Controversen

in der Lehre vom Diebstahle.

Inaugural-Dissertation

verfaßt und der

hohen rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Kgl. Bayer. Julius-Maximilians-Universität Würzburg

zur

Erlangung der rechtswissenschaftlichen Doktorwürde

vorgelegt von

Rudolf Eckardt

aus **Chemnitz**

Referendar.

Leipzig-Reudnitz.

Druck von August Hoffmann.

1899.

Stahel'sche Verlags-Anstalt in Würzburg

Königlicher Hof- und Universitäts-Verlag.

Digitized by Google

Digitized by Google

Meinen lieben Eltern

in Dankbarkeit

gewidmet.

Digitized by Google

Digitized by Google

Meinen lieben Eltern

in Dankbarkeit

gewidmet.

Digitized by Google

Digitized by Google

Einleitung.

Die hervorragendste Stellung in unserer heutigen Strafgesetzgebung nehmen wohl die Vermögensdelikte ein. Unter diesen nun hinwiederum ist das am häufigsten vorkommende Vergehen der Diebstahl, wie die tägliche Erfahrung zur Genüge lehrt. Und gerade dieses Delikt ist es, dessen Begriff sowohl in Theorie, wie in Praxis, Anlaß zu so vielen Meinungsverschiedenheiten gegeben hat, daß die Frage nach dem Diebstahlsbegriffe noch lange nicht als erledigt und abgeschlossen betrachtet werden kann.

Die ganze Lehre vom Diebstahle würde aber sicherlich nicht so kontrovers sein, wenn sich der Gesetzgeber in der Legaldefinition des Diebstahls einer klareren Ausdrucksweise bedient haben würde, welche es uns ermöglichte, das wahre Wesen desselben zu erkennen. Ist es doch gerade der äußere Wortlaut des § 242 des Reichsstrafgesetzbuches, „der an Klarheit und Unzweideutigkeit viel zu wünschen übrig läßt",[1]) und es ist uns deshalb unbegreiflich, wie von manchen auf den unzweideutigen, unzweifelhaften und klaren Wortlaut des Gesetzes hingewiesen werden kann. Einen Beweis für unsere Behauptung liefert doch gerade die Thatsache, daß der Diebstahlsbegriff trotz jener angeblichen Klarheit des Gesetzestextes noch heute sehr bestritten ist. Wir können daher nur Schütze beistimmen, der in seinem Lehrbuche Seite 419 ausruft: „Es mag Zweifel erregen an dem Beruf unserer Zeit zur Straf-

[1]) Pacic am Schlusse seiner Dissertation: „über das Verhältnis der unerlaubten Selbsthilfe zu den Vermögensdelikten". 1897. S. 44.

Digitized by Google

gesetzgebung, wenn man sieht, wie eben die Deliktsgattung, welche die weitaus häufigsten Strafthaten des heutigen Rechtslebens befaßt, durch die schwankendsten Begriffsmerkmale sich auszeichnet; wenn eben hier, was ungleich schlimmer ist, Gesetzgebung und Doktrin mit festgewurzeltem Volksbewußtsein in grellstem Widerspruch sich befindet."

Wir werden bei der Behandlung unseres Themas so verfahren, daß wir zunächst die einzelnen Merkmale des Diebstahlsbegriffes untersuchen und jedesmal eine Erörterung einschlägiger Streitfragen daran schließen. Es ist uns natürlich in dem engen Rahmen unserer Abhandlung nicht möglich, eine ausführliche Darstellung aller hierher gehörigen Kontroversen zu geben, wir müssen uns vielmehr darauf beschränken, in großen Umrissen diese bestrittenen Fragen zu behandeln.

Digitized by Google

§ 1.

Der § 242 des Reichsstrafgesetzbuches lautet:

„Wer eine fremde bewegliche Sache einem anderen in der Absicht wegnimmt, dieselbe sich rechtswidrig zuzueignen, wird wegen Diebstahls mit Gefängnis bestraft.

Der Versuch ist strafbar."

Darnach erfordert der Diebstahl als Objekt:

Eine Sache und zwar, wie allgemein anerkannt, eine körperliche Sache.[1]) Daher kann an unkörperlichen Sachen, an ideellen Vermögensbestandteilen, an Gedanken, Rechten, z. B. litterarischem Eigentum, technischen Geheimnissen,[2]) an Forderungen ꝛc. ein Diebstahl nicht begangen werden. Desgleichen können Menschen nicht Gegenstand des Verbrechens sein, wohl aber natürliche (z. B. Zähne ꝛc.) oder künstliche Körperteile, die vom Menschen abgetrennt sind; ebenso erwärmte Luft, Gas, Dampf, wenn erwiesen ist, daß die Luft, Gas, Wasser in fremdem Eigentume stehen und in fremdem Gewahrsam sich befinden.

---

[1]) In den Urteilen des Reichsgerichts vom 8. Februar 1881 und 19. Juni 1885 (E. in Strafs. Bd. 3, S. 349; Bd. 12, S. 313) wird ausgeführt, daß unter „beweglicher" Sache im Sinne von § 246 des St.-G.-Bs. nur ein körperlicher Gegenstand zu verstehen sei. Daß aber das Strafgesetzbuch den Ausdruck „bewegliche" Sache hinsichtlich des so nahe verwandten Deliktes des Diebstahls anders aufgefaßt haben sollte, ist wohl kaum anzunehmen. „Körperlichkeit" des Gegenstands ist die Voraussetzung der Sache im Sinne von § 242 des St.-G.-Bs. (R. E. Bd. 29, S. 111 ff).

[2]) Ein Diebstahl ist hingegen möglich an einem Manuskripte, welches die Gedanken ꝛc. enthält.

Digitized by Google

Sehr bestritten ist gerade in unserer Zeit die Frage, ob ein Diebstahl an Elektrizität möglich sei.[1]) Die Frage würde zweifellos dann bejaht werden müssen, wenn der in einer Leitung befindliche elektrische Strom eine „körperliche Sache" im Sinne des § 242 des R.-St.-G.-Bs. sein würde. Die Mehrzahl der Rechtslehrer hat sich nun dafür entschieden, daß die Elektrizität nichts Körperliches, Stoffliches sei und demgemäß auch nicht Gegenstand eines Diebstahls sein könne. Auch das Reichsgericht teilt diese Auffassung in seiner Entscheidung vom 20. Oktober 1896 (Bd. 29, S. 111), wo es ausführt, „daß man in der Wissenschaft mehr und mehr davon abgehe, daß die Elektrizität ein ‚Fluidum' oder überhaupt eine ‚Sache' sei und sich der Ansicht zuneige, daß es sich nur um einen ‚Zustand' handle,[2]) der längs des Leitungsdrahtes vermittelt werde und vermutlich in Schwingungen kleinster Teile (Moleküle) bestehe; die Elektrizität könne daher nur in ihrem Effekt, in der ‚Kraft', die sie enthalte oder äußere, erkannt werden". Ist demnach die Elektrizität kein Stoff, sondern nur eine Kraft, eine Energie — was unseres Erachtens nach zweifellos der Fall ist — so ist auch, weil ein Übergang der Substanz, welcher nach § 242 jedenfalls erforderlich ist, nicht stattfinden kann, eine Verurteilung wegen Diebstahls ausgeschlossen. Konsequenter Weise müßte man dann auch, wenn man einen Diebstahl an Elektrizität, also einer Kraftleistung, für möglich hält, menschliche oder tierische Kraft für stehlbar erklären,

---

[1]) Vgl. insbesondere über die Frage: Dernburg, Jur.-Ztg. 1896, S. 473, 1897 S. 76 fg.; ferner in derselben Zeitung 1897 Ostwald S. 115, Loebell S. 36; Hoppe S. 58; Stenglein S. 102. Jur.-Ztg. 1898: Baron S. 49; Wittko S. 73 (u. in Goltd. Arch. Bd. 46, S. 190 ff); Meili S. 382 ff. Ferner Blaß: „Das Rechtsgut der Elektrizität im Civil- und Strafrecht" 1898. Schiller: „Rechtsverhältnisse des Automaten." 1898, S. 89.

[2]) Hoppe bemerkt in der Jur.-Ztg. 1897, Seite 58 mit Recht: „Die Elektrizität ist nicht ein Körper, wie Eisen, Wasser, Gas, sondern ein Zustand, wie Wärme und Licht." Und doch hält Weinrich (Goltd. Arch. Bd. 45, S. 12) einen Diebstahl an Licht für möglich!

Digitized by Google

„dann ist auch derjenige Dieb, der heimlich die Pferde seines Nachbarn einspannt mit der festen Absicht, ihm die Pferde ebenso heimlich wieder in den Stall zu stellen, oder derjenige, der einem Holzhauer sein Holz unterschiebt und sich von ihm zerkleinern läßt, es dann aber wieder heimlich wegnimmt, ohne Arbeitslohn zu zahlen." (Stenglein, Jur. Ztg. 1897, S. 37.)

Mit Recht hat demgemäß das Reichsgericht in dem oben besagten Urteile vom 20. Oktober 1896 in der Handlungsweise des Angeklagten einen Diebstahl nicht erblicken können und die Revision verworfen.

Die besagte Entscheidung des Reichsgerichts, die auch wir unserer Ausführung zu Grunde legen, ist außer in der deutschen Juristen-Zeitung auch in anderen Zeitschriften wiederholt zum Gegenstande der Erörterung gemacht worden, so von Weinrich (Goltd. Arch. Bd. 45, S. 11 ff), Freudenthal (Zeitschrift für ges. Strafrechtswissenschaft, Bd. 17, S. 488 u. 881), Ledig (Gerichtssaal Bd. 54, S. 144).

Freudenthal und Ledig stehen auf demselben Standpunkte, wie das Reichsgericht und geben für ihre Ansichten im wesentlichen auch die gleiche Begründung.

Für die Annahme eines Diebstahls spricht sich Weinrich aus:[1])

Er hält die Elektrizität für eine res corporalis, die „tangi posse" und bei der die Möglichkeit ihrer Wegnahme, auf die es für den Diebstahlsbegriff ankomme, gegeben sei. (S. 12).

Daß die Elektrizität eine körperliche Sache nicht ist, ist wohl durch die Ausführung des Reichsgerichts (Bd. 29, S. 111 ff), die wir für zweifellos richtig erachten, genugsam dargethan. Damit entfällt aber das von Weinrich vorgebrachte weitere Argument der Möglichkeit der Wegnahme: eine contrectatio ist nicht denkbar. (Vgl. R. E. Bd. 3, S. 349.)

[1]) Auch das Oberlandesgericht München in seinem Urteile vom 15. Januar 1895 (E. dieses Gerichts Bd. 8, S. 214 fg) hat gleichfalls die Frage bejaht.

Digitized by Google

Übrigens steht wissenschaftlich fest, daß durch Ableiten von Elektrizität schlechterdings nichts Körperliches, kein Strom übertragen wird, sondern, daß sich nur die Kraft an verschiedenen Stellen, die von einander räumlich getrennt, aber durch eine Leitung verbunden sind, äußert.

Den gegenteiligen Standpunkt vertritt auch Guttmann. (Goltd. Arch. Bd. 45, S. 84 ff.) Nach seiner Ansicht ist gewonnene, gesammelte, verwahrt geleitete Elektrizität eine „bewegliche Sache" im Sinne des Strafgesetzbuchs, da unter den Begriff der körperlichen und beweglichen Sache alles zu rechnen sei, „was nach den jedesmaligen Verkehrsverhältnissen und dem Sprachgebrauche die gegenständliche Bedeutung einer beweglichen Sache angenommen habe, der Sonderherrschaft eines Menschen unterliege, von diesem benutzt, in Verkehr gebracht und zerstört werden könne. Diese Voraussetzungen seien bei der Elektrizität gegeben" (a. O. S. 85).

Ebenso verteidigt Dernburg[1]) die Straffähigkeit des Diebstahls an Elektrizität. Er führt in der Jur.-Ztg. 1897, S. 76 aus:

> „Wenn man leugnet, daß die in diebischer Absicht erfolgte Entnahme von Elektrizität aus einer elektrischen Anlage Diebstahl im Sinne des Strafgesetzbuches ist, so beruht das darauf, daß man den Begriff der körperlichen beweglichen Sache, welche der Diebstahl voraussetzt, zu eng auffaßt."

[1]) Vgl. auch Dernburg, Pandekten, 4. Auflg., zu § 67, Nr. 3: „Geleitetes Gas ist körperliche Sache, daher Diebstahl möglich. Nicht anders ist es bezügl. des zu industriellen Zwecken domestizierten elektrischen Stromes" Ostwald beschäftigt sich — vom Standpunkte des Technikers aus — in Nr. 6 o. Ztg. ebenfalls mit dieser Frage und kommt am Ende seiner Diskussion zu dem allerdings nicht anzuerkennenden Resultate: „Die Energie in ihren verschiedenen Formen hat alle Kennzeichen einer beweglichen Sache im juristischen Sinne (?) und kann somit der Gegenstand eines Diebstahls sein". Dabei geht Ostwald von der falschen Voraussetzung aus, daß die widerrechtliche Entziehung von Elektrizität eine strafbare Handlung sei; er nimmt somit etwas als gegeben an, was gerade erst des Beweises bedarf.

Digitized by Google

Dernburg beruft sich zur Verteidigung seiner Meinung u. a. auf ein Urteil des IV. Civilsenats des Reichsgerichts (E. Bd. 17, S. 271), in dem der elektrische Strom als eine Sache — freilich zunächst im Sinne des § 981 T. 11 Tl. I des allg. preuß. Landrechts — anerkannt sei.

Anscheinend steht nun diese Entscheidung mit jener oben zitierten des IV. Strafsenats vom 20. Oktober 1896 in Widerspruch. Dies ist aber doch nicht der Fall, denn der Begriff „Sache" im Sinne von § 242 des St.-G.-Bs. ist ein einheitlicher, selbständiger, öffentlich rechtlicher und daher nicht nach den Sätzen des bürgerlichen Rechts, nach den verschiedenen zur Zeit in Deutschland geltenden Privatrechtssystemen zu erklären.

Wenn nun der Strafsenat des Reichsgerichts einen Diebstahl im strafrechtlichen Sinne nur an körperlichen Sachen für möglich hält und der Elektrizität die Eigenschaft einer körperlichen Sache abspricht, so liegt darin kein Widerspruch mit der besagten Civilentscheidung, welche ebenfalls erklärt, „daß der in den Verträgen als Gegenstand der Lieferung bezeichnete elektrische Strom nicht eine von Natur der Selbständigkeit fähige körperliche Sache sei, daß er vielmehr eine in den Körpern wirkende, in ihnen zur Entwickelung gelangende Kraft sei."

Die besagte Civilentscheidung hat gleichwohl die Frage, ob ein Lieferungsvertrag an elektrischem Strome möglich sei, ob also der elektrische Strom als eine Sache im Sinne des § 981 des A. L.-Rs. angesehen werden könne, bejaht, weil es möglich sei, daß „man sich den elektrischen Strom als eine selbständige körperliche Sache vorstelle" und dadurch sei „die Möglichkeit gegeben, ihn im Rechtssinne wie eine körperliche Sache zu behandeln".

Diesen civilrechtlichen Begriff der „Sache" aber in das Gebiet des Strafrechts zu übertragen und demgemäß die elektrische Kraft für eine „Sache" im Sinne des § 242 des St.-G.-Bs. zu erklären, wäre eine unstatthafte Analogie, vor deren Anwendung der Strafrichter sich allerdings hüten muß.

Digitized by Google

„Der Strafrichter ist nicht so frei wie der Civilrichter. Während dieser berechtigt und auch verpflichtet ist, aus den Fortschritten des Verkehrs und der Technik sich ergebende neue Rechtsfragen in Ermangelung positiver Gesetze nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen im Wege der Analogie zu entscheiden, ist der Strafrichter durch den Satz: „nulla poena sine lege" beschränkt. Die von ihm erkannte politische und wirtschaftliche Notwendigkeit strafrechtlichen Schutzes für ein vom Gesetze nicht geschütztes Rechtsgut giebt ihm nicht die Befugnis, diesem Rechtsgut durch analoge Anwendung eines für einen anderen Fall geschaffenen Strafgesetzes Schutz zu gewähren. Dem Strafrichter bleibt nicht anderes übrig, als den Angeklagten freizusprechen. (Loebell a. O. S. 37.)

Daß übrigens derjenige, der fremde Kraft unbefugt benutzt, rechtswidrig handelt, unterliegt wohl keinem Zweifel. In unserem Falle ist der Apparat, durch den die Elektrizität hervorgebracht wird, bez. die elektrische Leitung die widerrechtlich gebrauchte fremde Sache. Der Apparat oder die elektrische Leitung bleiben trotz der Manipulation des Thäters ebenso nutzbar für ihre Zwecke, wie vorher und demgemäß stellt die widerrechtliche Aneignung elektrischer Kraft nur ein nach der heutigen Gesetzgebung allerdings in den meisten Fällen strafloses[1]) furtum usus dar.[2])

---

[1]) Der rechtswidrige Gebrauch wird bestraft z. B. in dem Falle des § 290 des St.-G.-B's.

[2]) So auch Hoppe a. a. O. S. 58. Contra Dalcke in Goltd. Arch. Bd. 45 S. 401. — Guttmann a. a. O. S. 89. — Weinrich, der den Diebstahl an Elektrizität bejaht, hält sogar denjenigen für einen Dieb, der widerrechtlich seine Cigarre oder ein Licht an einer fremden Laterne ansteckt. „Denn es findet kein bloßes Gebrauchen, sondern ein Entziehen von Feuer, eine wirkliche Wegnahme (!) statt" (a. a. O. S. 12). Man denke sich nun aber einen Diebstahl an Licht! — Maschke, das Eigentum im Civil- und Strafrecht 1895, S. 224, erblickt in dem rechtswidrigen Gebrauch der elektrischen Leitung einen Diebstahl an der Leitung selbst,

Digitized by Google

Wir stehen somit vor der Frage: soll die widerrechtliche Benutzung fremder Kraft straflos sein oder läßt sich die Handlung nicht unter einen anderen Paragraphen als unter § 242 des St.-G.-B's. subsumieren?

Unter dem 15. Januar und 1. Februar vorigen Jahres sind in der Juristen-Zeitung (S. 49 und S. 73) Aufsätze von Baron und Wittko (vergl. auch Goltd. Arch. Bd. 46 S. 190 ff) erschienen, die beide darin übereinstimmen, daß sie zwar die Diebstahlsfrage verneinen, aber Sachbeschädigung gemäß § 303 des St.-G.-B's. für vorliegend erachten.

Der § 303 des St.-G.-B's. verlangt eine vorsätzliche Thätigkeit, welche in der Absicht verübt wird, durch dieselbe eine Beschädigung oder Zerstörung der fremden Sache herbeizuführen.

Beide Schriftsteller fehlen nun insofern, als sie im wesentlichen nur den objektiven Thatbestand der Handlungsweise des Thäters berücksichtigen, den subjektiven entweder völlig ignorieren (wie Baron), oder ihm nicht hinreichend Rechnung tragen (wie Wittko): in maleficiis voluntas spectatur!

Jede elektrische Anlage, so führt Wittko aus, repräsentiere, je nachdem in ihr mehr oder weniger Elektrizität aufgespeichert sei, einen höheren oder geringeren wirtschaftlichen Wert. Wenn nun jemand vorsätzlich und rechtswidrig einen Draht an die elektrische Leitung zwecks Abzapfung von Elektrizität anschließe, so wirke er körperlich auf die elektrische Anlage ein und versetze sie in einen weniger günstigen Zustand. Er verringere dadurch ihren gegenwärtigen Wert und mache sich somit der Sachbeschädigung nach § 303 des St.-G.-B's. schuldig.

Dieser Auffassung können wir jedoch nicht beitreten. Die strafbare Sachbeschädigung erfordert Minderung der Unversehrtheit einer Sache, Beeinträchtigung ihrer Brauchbarkeit zu

von der die Kraft entnommen ist. Dies würde aber doch wohl nur dann möglich sein, wenn das in der Regel straflose furtum usus in dem Diebstahlsbegriffe des heutigen Rechts enthalten wäre.

Digitized by Google

der ihr eigentümlichen Zweckbestimmung (Oppenhoff 13. Auflg. 1896 S. 795).

Ein Elektrizitätszwecken dienender Apparat ist zweifellos dazu bestimmt, Elektrizität in sich aufzunehmen und dieselbe wieder abzugeben. Durch Anknüpfung eines Drahtes an eine fremde elektrische Anlage zwecks Ableitung von Elektrizität wird diese nun aber für ihren Zweck um nichts weniger brauchbar, als sie vorher war; sie bleibt als solche in demselben unversehrten Zustande, wie vor der Abzapfung von Elektrizität.

Weiter verfolgt der Thäter, der sich elektrische Kraft nutzbar macht, durchaus nicht den Zweck, den elektrischen Apparat zu beschädigen. Sein Wille ist zweifellos nur darauf gerichtet, sich einen Vorteil durch seine Handlungsweise zu verschaffen. Somit ist in allen den Fällen, in denen der Thäter nicht etwa aus Bosheit die elektrische Anlage beschädigt oder zerstört, sondern nur in der Absicht handelt, die elektrische Kraft in seinem Nutzen zu verwenden, der subjektive Thatbestand des § 303 des St.-G.-B's. nicht vorhanden.

Daß der Eigentümer durch die rechtswidrige Handlung einen größeren oder geringeren Vermögensschaden erleiden kann, z. B. dadurch, daß er mehr Kohlen unter die Maschine heizen muß, soll nicht geleugnet werden, aber diesen seinen Ersatzanspruch kann er ja im civilrechtlichen Wege geltend machen.

Ebensowenig können wir auch der weiter aufgestellten Ansicht beitreten, daß die widerrechtliche Aneignung von Elektrizität den Thatbestand des Betrugs erfülle.[1])

Diese Ansicht wird besonders von Stenglein vertreten. Er führt in der Jur.-Ztg. S. 101 aus:

„Es scheint mir, daß diese Angriffe auf fremde

[1]) Das Reichsgericht in seiner Entscheidung vom 20. Oktober 1896 hat ebenso wie das Oberlandesgericht München (E. vom 15. Januar 95) diesen Rechtsstandpunkt für den Fall widerrechtlicher Entziehung von Elektrizität verworfen. — Gegen Betrug auch Weinrich a. a. O. S. 13. Guttmann a. a. O. S. 90 fg. Dalcke a. a. O. S. 402. —

Digitized by Google

Kraft als Betrug bestraft werden können. Daß die Handlung eine widerrechtliche ist, darüber bedarf es keines Wortes. Daß die heimliche Veranstaltung, durch welche fremde Kraft ausgenützt und deren Berechtigter über die Leistung seiner Maschine und den dafür auszusprechenden civilistischen Ersatzanspruch getäuscht und zum Arbeiter wider Willen gemacht wird, als Unterdrückung wahrer Thatsachen charakterisiert werden kann, scheint mir gleichfalls nicht zweifelhaft. Daß derjenige, der die Kosten der Krafterzeugung trägt, ohne das entsprechende Äquivalent zu erhalten, geschädigt wird, steht wohl ebenso fest, als daß derjenige, welcher mittelst Täuschung eine unentgeltliche Arbeitsleistung empfängt, sich einen rechtswidrigen Vermögensvorteil verschafft. Vorsätzlich dürfte aber die That stets geschehen. Die Annahme des Betrugs in solchen Fällen ist auch der reichsgerichtlichen Judikatur nicht fremd, man denke nur an die Erschleichung freier Eisenbahnfahrt ohne oder mit gefälschter oder bereits gebrauchter Fahrkarte (E IV S. 295, XVII S. 217; R II S. 424, IX S. 114, X S. 244) welche ebenfalls nur eine Kraftleistung des die Eisenbahn Betreibenden zum Gegenstand hat."

Stenglein vergleicht die widerrechtliche Ableitung von Elektrizität mit der Erschleichung freier Eisenbahnfahrt ohne oder mittelst ungültiger Fahrkarte. Dieser Vergleich ist jedoch nicht passend und unzutreffend. Denn nur in dem letzteren Falle — der Erschleichung freier Eisenbahnfahrt — stellt sich dieser Angriff auf fremde Kraft als ein Vergehen des § 263 des St.-G.-B's. dar:[1]) Der Reisende will bei dem Schaffner den Irrtum erwecken, als ob er sich im Besitze eines gültigen Fahrscheins befinde. Durch diese Irrtumserregung erlangt er zweifellos einen rechtswidrigen Vermögensvorteil. Mit diesem vollendet sich der Betrug de lege lata.

---

[1]) Vgl. Freudenthal a. a. O. S. 881 fg.

Digitized by Google

Anders liegt der Fall bei der widerrechtlichen Ableitung von Elektrizität. Es fehlt hier zweifellos an einer durch Irrtumserregung verursachten Vermögensbeschädigung. Mithin ist die Annahme eines Betrugs ausgeschlossen.

Es würde somit nach der hier vertretenen Ansicht die widerrechtliche Benutzung fremder Kraft straflos bleiben müssen. Daß dieser Mangel strafrechtlichen Schutzes von Elektrizität bei der nicht geahnten Entwickelung unserer Elektrizitätsindustrie sehr bedauerlich ist, unterliegt keinem Zweifel. Aber die Rechtsprechung kann nicht den Mangel gesetzlicher Bestimmungen durch analoge Anwendung von Normen ausfüllen, die für diesen Fall nicht gegeben sind. Für das Strafrecht gilt als oberster Grundsatz: „nulla poena sine lege." (RE Bd. 29 S. 116).

Es bliebe somit nichts anderes übrig, als diese Lücke in unserer Gesetzgebung im Wege neuer Gesetzgebung auszufüllen und wir können nur den Wunsch aussprechen, daß bei der zunehmenden Bedeutung, welche die Elektrizität gerade in unserer Zeit im Gewerbebetriebe und Verkehrsleben mehr und mehr gewinnt, die Gesetzgebung recht bald einschreiten möge.

Einen Vorschlag zur Ausfüllung der Lücke des Gesetzes hat Hoppe S. 58 (1897) der Deutschen Juristen-Zeitung gemacht, nach welchem dem § 303 des St.-G.-B's. folgender Zusatz hinzuzufügen wäre: „In gleicher Weise wird auf Antrag bestraft, wer rechtswidrig eine fremde Sache gebraucht.[1])

Es könnte darnach derjenige, der rechtswidrig fremde Elektrizität benutzt und dadurch widerrechtlich eine elektrische Anlage gebraucht, mit Geldstrafe bis zu 1000 Mark oder mit Gefängnis bis zu 2 Jahren bestraft werden.

Daß ein Einschreiten der Gesetzgebung gegenüber der Entwendung von Elektrizität unbedingt erforderlich sei, hat England bereits im Jahre 1882 erkannt und demgemäß in

[1]) Freudenthal a. a. O. S. 881 fg. will den § 242 des St.-G.-B's. dahin ergänzen, daß hinter den Worten „eine fremde Sache" die Worte „oder eine fremde Kraft" hinzugefügt werden.

Digitized by Google

Sect. 25 der Electric Lighting Act. (45 a. 46 Vic. c. 56) folgende Bestimmung getroffen:

„Any person who maliciously or fraudulently abstracts, causes to be wasted or diverted, consumes or uses any electricity, shall be guilty of simple Larceny and punished accordingly."

Darnach soll des einfachen Diebstahls schuldig sein, und demgemäß bestraft werden, wer rechtswidrig oder in betrügerischer Absicht Elektrizität entzieht, vergeudet, ableitet, verbraucht oder gebraucht.

Von den Vereinigten Staaten haben Colorado und Massachuttes in den Jahren 1893 und 1895 (wie Guttmann a. a. O. S. 92 mitteilt) ebenfalls besondere Gesetze erlassen.

In Frankreich sind bisher zwei Verurteilungen wegen Diebstahls an Elektrizität erfolgt und zwar von den Gerichten in Toulouse und Troyes (vgl. Jur.-Ztg. 1897 S. 298 und Gazette du Palais vom 11./12. März 1894).

Auch der Kassationshof in Rom hat in der Sitzung vom 13. Juli 1898 entschieden, daß der Entzug von Elektrizität Diebstahl sei (Cfr. Jur.-Ztg. 1899 S. 36 fg).

§ 2.

Die Sache muß ferner eine bewegliche, d. h. eine transportable, zum Ortswechsel befähigte Sache sein. Daß sie von Anfang an beweglich war, ist nicht erforderlich, auch eine unbewegliche, die von dem Diebe behufs ihrer Entwendung durch Trennung oder Loslösung beweglich gemacht wird, — z. B. die Pertinenzen eines Grundstücks, einzelne Gebäudeteile — kann, wenn die Wegnahme eine diebliche ist, gestohlen werden.

Nicht unbestritten ist die Frage, welche strafbare Handlung in dem unvermerkten Abschneiden eines echten oder

Digitized by Google

falschen Zopfes gegen den Willen der Inhaberin zu erblicken ist.

Solange der Zopf noch nicht separiert ist, ist er, um mit Binding G.-N. II, S. 132 zu sprechen, eine „rechtsunfähige Sache", er ist als Körperteil besitz- und eigentumslos. Mit der Trennung aber erlangt der Zopfabschneider den Besitz an dem abgeschnittenen Zopfe, vorausgesetzt natürlich, daß sich die Handlung des Thäters als Vermögensverbrechen darstellt, m. a. W., daß der Thäter in der Absicht rechtswidriger Zueignung handelt.

Es würde sich demgemäß der Thäter in einem solchen Falle, wo er Besitzer des echten Zopfes wird, einer Unterschlagung im Sinne von § 246 des St.-G.-Bs. schuldig machen.[1])

Anders würde der Fall zu beurteilen sein, wenn der Thäter in Ausübung seines Handwerks einen falschen Zopf fassen würde. Da hier Besitz und Eigentum an dem Zopfe der Trägerin allein zustehen, so würde der Zopfabschneider in diesem Falle einen Diebstahl begehen und falls er sich vielleicht einen falschen und echten Zopf aneignete — vorausgesetzt, daß er von der Falschheit und Echtheit Kenntnis hatte, — würden, wie Oetker a. a. O. S. 285 ganz richtig ausführt, Diebstahl am falschen und Unterschlagung am echten Zopfe konkurrieren.

Fehlt aber dem Thäter in Ausübung seines Handwerks die Absicht rechtswidriger Zueignung, handelt er lediglich nur aus Bosheit oder Mutwillen, so ist auch eine Verurteilung wegen Diebstahls bez. Unterschlagung schlechterdings ausgeschlossen. Das frühere sächs. O. A.-G. v. 23. März 1873 (s. G.-Z. XVI. S. 247) nahm in solchen Fällen bei Drohung von Gewalt und mit dem Erfolge heftigen Kopfschmerzes Nötigung und Körperverletzung in idealer Konkurrenz an. Wir erblicken in dem unvermerkten Zopfabschneiden gegen

[1]) Vgl. Oetker in Goltd. Arch. Bd. 26, S. 285.

Digitized by Google

den Willen der Inhaberin in Ermangelung einer diebischen Absicht thätliche Beleidigung.

Die widerrechtliche Besitzentziehung einer unbeweglichen Sache als solcher aber ist kein Diebstahl im Sinne des Gesetzes. Daher wird denn auch nach § 274 Ziff. 2 des St.-G.-Bs. derjenige, der einen Grenzstein oder ein anderes zur Bezeichnung einer Grenze oder eines Wasserstandes bestimmtes Merkmal verrückt oder unkenntlich macht, sowie nach § 370 Ziff. 1 der St.-G.-Bs., wer unbefugt ein fremdes Grundstück, einen öffentlichen oder Privatweg oder einen Grenzrain durch Abgraben oder Abpflügen verringert und dadurch die Grenze verrückt, nicht wegen Diebstahls, sondern wegen anderer Vergehen bestraft, da ja durch die Handlung des Thäters der Immobilie ihr Charakter als solcher nicht verloren geht und man von einem Wegnehmen im eigentlichen Sinne des Wortes nicht reden kann.

---

§ 3.

Die bewegliche Sache muß eine fremde sein, d. h. im Eigentume eines Anderen stehen. Wer daher seine eigne Sache mit dem Bewußtsein seines Eigentumsrechtes einem Andern wegnimmt, macht sich keines Diebstahls schuldig, desgl. nicht wer dieselbe dem Gewahrsame eines dritten, dem an dieser Nutznießung, Faustpfand, Gebrauchs- oder Retentionsrecht zusteht, in rechtswidriger Absicht entzieht. Letzterer würde nur nach § 289 des St.-G.-Bs. wegen strafbaren Eigennutzes haftbar gemacht werden können.

Ferner können auch Sachen, die in Niemandes Eigentum stehen, keine Diebstahlobjekte sein. Dahin gehören herrenlose, derelinquierte Sachen, wilde Tiere in ihrer natürlichen Freiheit (nicht zahme, z. B. in Tiergärten gehaltene Tiere oder Fische in Teichen und Behältnissen).

Digitized by Google

Bestritten ist insbesondere die Frage, ob an Leichen und Leichenteilen Diebstahl begangen werden kann. Die Lösung der Frage hängt davon, ob Eigentum und Besitz an Leichen überhaupt erworben werden kann. Von der Judikatur anerkannt ist dies heute nur insoweit, als sie als Gegenstände des Handels und Verkehrs, im Interesse der Wissenschaft oder zu Gunsten staatlicher Anstalten in Betracht kommen. Es gilt dies nicht nur von Mumien, Moorleichen und dergleichen konservierten alten Leichen, sondern ebenso von Leichen kürzlich Verstorbener, die, in der Regel mit Genehmigung der zuständigen Polizeibehörde, von den Verfügungsberechtigten an Museen, Anatomien 2c. verkauft werden.

Im übrigen ist aber die Leiche eine res extra commercium und demgemäß auch Eigentum und Besitz an einer solchen ausgeschlossen. Diese Auffassung entspricht auch dem geltenden Rechte und richtig bemerkt Binding Gr.-R. II, S. 86, „daß der Lebende, wie der Tote keine Sachen im juristischen Sinne sind."[1])

Auch Lehr[2]) S. 20 scheint auf demselben Standpunkte zu stehen, wenn er die in der Absicht rechtswidriger Zueignung erfolgte Wegnahme einer in fremdem Eigentum stehenden Leiche für einen Diebstahl im Sinne von § 242 des St.-G.-Bs. ansieht.

Der § 168 des St.-G.-Bs., so führt er aus, habe als ein Vergehen, welches sich auf die Religion beziehe, nur in den Fällen zur Anwendung zu kommen, in welchen wirklich eine Verletzung des religiösen Gefühls vorliege. Von einer solchen Verletzung könne aber bei der Wegnahme einer im menschlichen Eigentume stehenden Leiche nicht mehr die Rede sein, da die Leiche ihrer ursprünglichen Zweckbestimmung, der

[1]) So auch Merkel, Die Eigentumsverletzungen in H. H. des deutschen Strafrechts, Bd. III, S. 633 ff. Mittelstein in Goltd. Arch.. Bd. 34, S. 180.

[2]) In seiner Dissertation: An welchen Sachen kann kein gemeiner Diebstahl begangen werden? 1894.

Digitized by Google

Beisetzung, entzogen und von diesem Augenblicke an nicht mehr Gegenstand religiöser Pietät sei. Sie sei damit, daß sie in den menschlichen Verkehr übergegangen, von den Menschen in Benutzung genommen worden sei, eigentumsfähige Sache geworden.

Diese Auslegung des § 168 des St.-G.-Bs. halten wir durchaus für zutreffend. Somit ergiebt sich von selbst, daß die in der Absicht rechtswidriger Zueignung erfolgte Wegnahme einer Eigentumsleiche, wie Binding Gr.-R. II, S. 87 sie nennt, allerdings als Diebstahl im Sinne des § 242 des St.-G.-Bs. und nicht nach § 168 des St.-G.-Bs. zu bestrafen ist, denn eine Leiche, die dauernd ihrer gewöhnlichen Zweckbestimmung — der Beerdigung — entzogen wird und als Präparat oder Mumie erhalten bleiben soll, kann eben nicht mehr als Leiche im technischen Sinne angesehen werden. Sie ist Gegenstand des Verkehrs und deshalb eigentumsfähige Sache.

Abgesehen aber von derartigen singulären Fällen, in denen einer „Leiche" die Eigentumsfähigkeit zuerkannt ist, fällt die unbefugte Wegnahme einer solchen aus dem Gewahrsam der dazu berechtigten Person nicht unter § 242, sondern unter § 168 des St.-G.-Bs.

Die soeben entwickelten Grundsätze gelten ebenso auch für die unbefugte Wegnahme von Leichenteilen: § 367, Ziff. 1 des St.-G.-Bs.

Unter § 168, nicht unter § 242 des St.-G.-Bs. fällt ferner auch die nach der Beerdigung verübte Entwendung des Sarges oder die rechtswidrige Wegnahme von Sachen, die aus Liebe und Anhänglichkeit oder aus anderen Beweggründen dem Toten mit ins Grab gegeben worden sind, weil eine Zurückhaltung des Eigentums seitens der Hinterbliebenen an diesen Gegenständen nicht denkbar ist.[1])

[1]) Binding, Grundriß II, S. 88.

Digitized by Google

§ 4.

Als weiteres Requisit verlangt nun § 242, daß sich die fremde bewegliche Sache nicht im Gewahrsame des Diebes, sondern in fremdem Gewahrsame befinde, daß sie, wie das Strafgesetzbuch sagt, „einem anderen" weggenommen werde. Es ist nun hier zunächst die Frage zu erörtern, was man unter „Gewahrsam" zu verstehen habe.

Von der herrschenden Meinung ist anerkannt, daß der Begriff des Gewahrsams kein civilrechtlicher ist. „In dem Strafgesetzbuche liegt keine Hinweisung auf das Civilrecht, und die Natur der Sache weist uns offenbar darauf hin, strafrechtliche, nicht civilrechtliche Gesichtspunkte für die Abgrenzung des Diebstahls zu gewinnen" sagt Merkel (in Holtzendorffs Handbuch des Strafrechts Bd. 3, S. 638).

Worin nun aber das Wesen des strafrechtlichen Gewahrsams bestehe, darüber herrscht kein volles Einverständnis. Zwei Meinungen sind hier vertreten. Die Einen fassen, im Anschluß an die Definition des allgemeinen preußischen Landrechts,[1]) den Gewahrsam als das rein thatsächliche Haben, als die Verfügungsmöglichkeit, mit Ausschluß anderer auf die Sache einzuwirken, auf, erblicken demnach darin ein Herrschaftsverhältnis der Person zur Sache. Natürlich kann mit dieser Verfügungsgewalt nicht die des Diebes gemeint sein, da jeder Dieb vor der Wegnahme der Sache schon in einem derartigen Verhältnis zu derselben steht und deshalb ein Diebstahl überhaupt ausgeschlossen wäre. Das Herrschaftsverhältnis muß für längere Zeit hindurch bestehen bleiben können, die momentane Erreichbarkeit einer Sache genügt zur Begründung des Gewahrsams nicht. Denn „keine Herrschaft ist die Augenblicksherrschaft", wie Rotering (Gerichtssaal Bd. 38, S. 292) richtig bemerkt.

---

[1]) Das preuß. A. L.-R. sagt I, 7, § 1: „Wer das physische Vermögen hat, über eine Sache mit Ausschließung anderer zu verfügen, der hat sie in seinem Gewahrsam und wird Inhaber derselben genannt." —

Digitized by Google

Zu den Vertretern der ersten Meinung gehören:

Schütze, Lehrbuch S. 427: „Der Gewahrsam ist die thatsächliche vorhandene ausschließliche Herrschaft über einen dauernder Beherrschung zugänglichen Vermögensgegenstand ohne Rücksicht auf Wissen und Wollen des Inhabers."

Berner, Lehrbuch des deutschen Strafrechts 1898, S. 555, fordert „eine rein thatsächliche Herrschaft".

Oppenhoff, Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich 1896, äußert sich in § 242, Nr. 16: „Insbesondere ist die bei jener Innehabung obwaltende Willensrichtung nicht entscheidend, vielmehr kommt es lediglich auf das physische Vermögen ausschließlicher thatsächlicher Herrschaftsausübung hinsichtlich derselben an."

Nach Kohler[1]) genügt das rein äußere Verhältnis.

Andere Kriminalisten verlangen noch einen mit der Verfügungsgewalt verbundenen, erkennbar gemachten Willen der Person zur Sache, die eigne Herrschaft unter Ausschluß anderer geltend zu machen. Hierher gehören:

v. Liszt, Lehrbuch, 8. Aufl., 1897, S. 447: „Gewahrsam ist die vom Herrscherwillen getragene thatsächliche Herrschaft über die Sache, verbunden mit dem erkennbar gemachten Willen, die eigene Herrschaft unter Ausschluß anderer geltend zu machen."

Hälschner, Strafrecht Bd. 2, S. 284: „Der Gewahrsam wird also nur erworben durch eine Handlung, vermöge deren die Person zur Sache in das Verhältnis tritt, sie beherrschen zu können und ihren Willen kundgiebt, sie beherrschen zu wollen."

Derselbe System des preuß. Strafrechts 2, S. 424: „Im Gewahrsam befindet sich die Sache, solange der Inhaber in der Lage ist, über dieselbe ungehindert zu verfügen und zugleich den Willen hat, die Sache fortdauernd inne zu haben."

---

[1]) „Der Begriff des Gewahrsams im Civil- und Strafrecht". Jn.-Diss. 1894, S. 35 ff.

Digitized by Google

Diese Ansicht teilen ferner: Binding, Normen II, S. 547 u, Gr. R. II, S. 149. — Olshausen zu § 242, N. 16. — Rüdorff, Strafgesetzbuch § 242, N. 6. — Rotering, Gerichtssaal Bd. 35, S. 366: „Die Sache muß in den Kreis der Willensherrschaft des Inhabers hineinfallen." — R. G. (E. Bd. 12, S. 256.) —

Unseres Erachtens ist die letztere Meinung die richtigere, wonach Gewahrsam nur dann vorhanden ist, wenn sich die Sache in der Herrschaftssphäre der Person befindet und die Person den Willen hat, jene zu beherrschen. Daher muß derjenige, welcher über die Sache zu verfügen berechtigt ist, ein gewisses Bewußtsein von seiner Verfügungsgewalt haben. Gegenstände, die mir völlig unbekannt sind, kann ich auch nicht in meinem Gewahrsam haben, denn es fehlt mir dabei der erforderliche Wille. Dahingegen kommen alle Sachen, welche in einen Raum gebracht werden, über den ich völlig Herr sein will und bin, in meinen Gewahrsam, wenn ich auch nicht wußte, daß man sie dorthin gebracht hat, weil ich den Willen[1]) habe, in diesem Raume, z. B. in meiner Stube, allein die eigne Herrschaft unter Ausschluß anderer geltend zu machen.

Der einmal begründete Gewahrsam dauert solange fort, bis er durch den Eintritt eines Ereignisses in erkennbarer Weise beseitigt wird.[2]) Insbesondere geht er schon dann verloren, wenn eins der beiden ihn begründenden Momente, entweder die Möglichkeit, über die Sache zu verfügen, oder der Wille, dies zu thun, fortfallen.

[1]) Von Binding Gr. R. II, S. 150 „genereller Besitzwille" genannt.

[2]) So dauert nach einem Erkenntnis des ehemaligen preuß. Obertribunals vom 28. Sept. 1865 (Oppenhoff, Rechtsprechung des Kgl. Ober-Tribunals in Strafsachen Bd. VI, S. 339) für einen Gasfabrikanten der Gewahrsam über das in den Hauptröhren befindliche Leuchtgas solange fort, als dieses nicht durch die Gasuhr eines Abonnenten geströmt ist. — Desgleichen behält nach dem Erkenntnis desselben Gerichtshofes vom 17. April 1857 der Fuhrmann den Gewahrsam über ein angebundenes Pferd, auch wenn er sich zeitweilig entfernt.

Digitized by Google

Ist dagegen der gegenwärtige Inhaber augenblicklich nur nicht in der Lage, seine Verfügungsmacht geltend zu machen, hat dagegen immer den Willen, über die Sache zu verfügen, so dauert trotzdem der Gewahrsam über die Sache noch fort[1]) und geht erst dadurch verloren, daß ein dritter zwischen die Sache und deren Inhaber tritt und sich den Gewahrsam an derselben aneignet, sodaß dadurch dem bisherigen Inhaber die Verfügungsmöglichkeit über dieselbe entzogen wird.

An versteckten, verlegten und vergessenen Sachen dauert der Gewahrsam fort, vorausgesetzt natürlich, daß der Inhaber sich noch erinnert, wo er jene Sachen zurückgelassen hat und sich ihm keine äußeren Hindernisse entgegenstellen, dieselben zurückzuholen. Daher macht sich derjenige, welcher sich eine solche Sache rechtswidrig zueignet, wenn er wußte, daß sie nur vergessen war, eines Diebstahls schuldig. An einer verlegten[2]) Sache geht deshalb der Gewahrsam nicht verloren, weil, wie wir schon oben gesehen haben, der Inhaber die Möglichkeit und auch den Willen hat, über alle Gegenstände, die sich in seiner Wohnung befinden, zu verfügen, diese also in seinen Gewahrsam übergehen.

Die Frage nach dem Übergange des Gewahrsams wird bei Beurteilung eines Delikts als Diebstahl oder Unterschlagung besonders dann praktisch, wenn einzelne Sachen in einen Raum gebracht werden, der zugleich noch anderen Personen als Aufenthaltsort dient.

So erlangt z. B. ein Restaurateur an den Kleidern, die

---

[1]) Wer z. B. die Sache an einem fremden Orte verloren hat und dort mit dem Bewußtsein, daß dies der Fall sei, nach ihr sucht, behält den Gewahrsam solange, bis daß er von der Erfolglosigkeit des Suchens überzeugt es aufgiebt oder ein anderer den Besitz der Sache ergreift; so entschied das ehemalige preuß. Obertribunal am 27. Sept. 1877 (O. XVIII, 597).

[2]) Eine solche ist aber verschieden von einer verlorenen. „Verloren ist", wie Meyer, Lehrbuch S. 553 sagt, „eine Sache erst dann, wenn der Inhaber nicht weiß, wo die Sache ist und sie auch thatsächlich sich nicht mehr in seinem Besitze befindet."

Digitized by Google

ein Gast mit ins Wirtshaus gebracht und dort aufgehangen hat, nicht den Gewahrsam, auch nicht immer an den Sachen, die in seinem Lokale hängen geblieben sind, da er ja zuweilen gar nicht den Gewahrsam an diesen erlangen will, sondern sie, sobald er ihrer ansichtig geworden ist, so schnell als möglich aus seinem Lokale entfernt.

Allerdings wird wohl in den meisten Fällen der Wirt den Gewahrsam an den Kleidern und anderen Gegenständen, welche seine Gäste in seinem Lokale vergessen haben, erlangen wollen,[1]) was insbesondere dann anzunehmen ist, wenn besondere Anschläge in den Gasthöfen oder Gastzimmern angebracht sind, aus denen ersichtlich ist, wo man die vergessenen Sachen wieder in Empfang nehmen kann. Der Gewahrsam wird bei diesem subsidiären Besitzerwillen, wie ihn Binding Gr. R. II S. 151 nennt, aber meist erst in dem Momente erlangt, wo kein Zweifel mehr darüber besteht, daß die Gegenstände von dem Gaste wirklich vergessen sind.

Der einmal begründete Gewahrsam über eine Sache dauert auch selbst dann fort, wenn es einer dritten Person möglich ist, über die Sache Verfügungen zu treffen, vorausgesetzt allerdings, daß der bisherige Inhaber nicht seinen Willen, die Sache in seinem Gewahrsam zu behalten, aufgiebt.[2]) Ob die Sachen sich fortwährend in einem solchen Zustande befinden, daß es einer dritten Person möglich wird, über sie zu verfügen, wie über die Früchte, die ein Baum trägt, oder ob ihr derartiger Zustand nur zufällig ein solcher ist, darauf kommt nichts an. „Es ist nicht nötig", wie Lehr a. a. O. S. 12 bemerkt, daß der Inhaber momentan in der

---

[1]) Vgl. dazu auch das Erkenntnis des ehem. sächs. O. A. Gs. vom 10. Februar 1871 (G.-Z. XV, 119), nach dem die Verwaltung der Eisenbahn den Gewahrsam übernimmt über die Sachen, welche während der Eisenbahnfahrt den Reisenden unversehens im Wagen entfallen sind. Diese gehen in die Detention der Eisenbahnverwaltung über. — Über die in Straßenbahnwagen vergessenen Sachen vgl. Hilse G. 39, S. 409.

[2]) Oppenhoff a. a. O. N. 18.

Digitized by Google

Lage ist, über die Sachen zu verfügen, es genügt, daß ihm nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge jederzeit die Möglichkeit geboten ist, binnen angemessener Frist seine Verfügungsgewalt wieder geltend zu machen." So bleiben denn die Gegenstände, welche der Bauer auf dem Felde, der Maurer auf dem Bauplatze, um sie fernerhin noch zu gebrauchen, liegen läßt, die Haustiere, welche der Eigentümer entfernt von seinem Grundstück frei herumlaufen läßt, in seinem Gewahrsam, — die Tiere, sobald sie nur nicht die Gewohnheit zurückzukehren aufgegeben oder sich verlaufen haben und den Rückweg nicht mehr finden können.[1]) Derjenige, welcher sich in diebischer Absicht rechtswidrig eine solche Sache zueignet macht sich eines Diebstahls, keiner Unterschlagung schuldig, wenn er wußte, daß ein Anderer an ihr den Gewahrsam hatte; fehlte es ihm an diesem Bewußtsein, so begeht er eine Unterschlagung.

Der Gewahrsam ist nun in zahlreichen Fällen Mitgewahrsam.[2])

Ein solcher Mitgewahrsam kann nun zunächst zwischen gleichberechtigten Personen bestehen. Mehrere Personen haben gleichzeitig die Möglichkeit und den Willen, über dieselbe Sache die thatsächliche Herrschaft auszuüben, etwa zwei Miteigentümer über ihr im gemeinsamen Stalle untergebrachtes Pferd, zwei Kassenbeamte einer Bank über den Inhalt der Kasse, zu der jeder von ihnen einen Schlüssel besitzt, zwei Prinzipale einer offenen Handelsgesellschaft über alle auf ihren Lagern befindlichen Waren u. s. w.

In diesen Fällen begeht der Mitgewahrsamsinhaber Diebstahl, wenn er sich rechtswidrig die ausschließliche Verfügungsgewalt über die Sache verschafft, denn der Besitz jedes

---

[1]) Vgl. auch Entscheidung des Reichsgerichts in Strafsachen III, 7. Febr. 1884 (E. X, 84).

[2]) Vgl. v. Liszt a. a. O. S. 448. Rotering G.-S. 1886 S. 306 ff. Merkel in H. H. Bd. III, S. 658 fg.

Digitized by Google

von ihnen hat den gleichen Anspruch auf Achtung seitens des anderen, wie Dritter (Bindig Gr.-R. II, S. 152).

Mitgewahrsam kann nun ferner aber auch bestehen unter verschieden berechtigten, insbesondere über- und untergeordneten Personen. Ein solches Verhältnis liegt z. B. vor zwischen dem Eigentümer und seinem Untergebenen (Kommis, Dienstboten u. s. w.). So hat die in einem Laden als Verkäufer für Rechnung des Prinzipals angestellte und beschäftigte Person Mitgewahrsam an den im Geschäftslokal lagernden Waren, der Gast an dem Geschirr, den Messern und Gabeln deren er sich bedient ꝛc., der Knecht, der das Feld bestellt, an den ihm zur Arbeit gelieferten Ackergerätschaften u. s. w.

In solchen Fällen ist für die Annahme eines Diebstahls lediglich entscheidend, ob nicht ein Anderer und zwar besser Berechtigter ebenfalls eine thatsächliche Herrschaft über die Sache ausübt, „sodaß durch die Wegnahme seitens des Minderberechtigten ein Stück faktischer Herrschaft des andern aufgehoben wird." (Olshausen, Kommentar z. Strafgesetzbuch 1897 zu § 242, N. 19). Demnach kann die Entwendung von Waren durch den im Geschäft angestellten Verkäufer (R.-E. vom 5. April 1880 [E. 2, 1]; 20. Juni 1890 [21, 16]), von Silberzeug durch das Dienstmädchen u. s. w. Diebstahl sein. Desgleichen stiehlt ein Arbeiter, dem ein Gutsverwalter etwa eine Hacke zur Verrichtung einer Feldarbeit aushändigt, wenn er sich diese aneignet, während der Gutsverwalter, dem die Werkzeuge anvertraut sind, sich nur einer Unterschlagung schuldig machen würde, wenn er einem seiner Leute die Hacke in der Absicht rechtswidriger Zueignung wegnimmt.

Bestritten ist die Frage, ob der Mieter eines möblierten Zimmers durch rechtswidrige Zueignung einer mitvermieteten Sache einen Diebstahl oder eine Unterschlagung begeht. Nach der Ansicht des Reichsgerichts (Urteil vom 18. Febr. 1881. E. III. S. 358), die auch wir teilen, würde bei diesem Sachverhalte nicht der Thatbestand des Diebstahls, sondern der der Unterschlagung vorliegen. Dies ist auf Grund der Annahme zu rechtfertigen,

Digitized by Google

daß für den Vermieter eines möblierten Zimmers, selbst wenn dieser sich durch die zurückbehaltenen Schlüssel jederzeit Zutritt zu dem Zimmer verschaffen kann, doch der Gewahrsam über die in dem Zimmer befindlichen vermieteten Gegenstände auf den Mieter übergeht.[1])

Was nun aber von dem Mieter eines möblierten Zimmers gilt, muß konsequenter Weise auch von dem Mieter eines ganzen Hauses oder selbständigen Gebäudeteiles gesagt werden.[2]) Auch hier geht mit Einräumung des vertragsmäßigen Gebrauches zugleich der Gewahrsam auf den Mieter über. Eine rechtswidrige Aneignung derartiger einzelner Bestandteile würde sonach ebenfalls nicht den Diebstahlsbegriff erfüllen, sondern nach § 246 als Unterschlagung anzusehen sein.

Natürlich ist es im konkreten Falle nicht ausgeschlossen, daß dem Vermieter vielleicht auf Grund vorbehaltner eigner Mitbenutzung des vermieteten Hauses oder einzelner Teile desselben der Mitgewahrsam an dem Mietobjekt verbleibt; die widerrechtliche Zueignung einzelner Bestandteile aus dem Mitbesitze des Anderen würde sich dann allerdings als Diebstahl darstellen.

Kontrovers ist ferner auch die Frage, ob der Dieb selbst durch die Wegnahme der gestohlenen Sache aus dem Mitgewahrsam seines Genossen einen zweiten Diebstahl begehen könne. Das Reichsgericht hat in seinem Urteile vom 2. Febr. 1885 (E. XI, S. 438 f) diese Frage verneint. Bei gemeinschaftlichem redlichen Erwerb einer Sache, so führt der oberste Gerichtshof aus, entstehe zweifellos zwischen den Erwerbern Miteigentum, und deshalb könne der Miteigentümer, wenn er die gemeinsame Sache dem Genossen entwende, allerdings dessen Miteigentum verletzen und insofern einen Diebstahl begehen. Anders liege freilich der Fall bei denjenigen, welche

[1]) Oppenhoff N. 24. Pezold a. a. O. § 242 N. 38. Contra v. Liszt a. a. O. S. 418. — Olshausen zu § 242 N. 19 d.

[2]) Vgl. Reichsgerichtsentscheidung vom 1. Oktober 1881 (E. V. S. 42) — Oppenhoff S. 555 N. 14. — (13. Aufl. 1896.)

Digitized by Google

gemeinsam eine Sache stehlen. Hier könne durch den Diebstahl kein Miteigentum an derselben entstehen und es sei daher rechtlich undenkbar, daß der Diebesgenosse, der vor der Teilung die gemeinschaftlich gestohlene Sache seinem Diebesgenossen wegnähme, sich die bereits in der Absicht rechtswidriger Zueignung einem anderen weggenommene Sache nochmals rechtswidrig zueigne.[1])

Damit also überhaupt eine Sache Objekt des Diebstahls sein kann, ist es notwendig, daß sie sich in fremdem Gewahrsam befindet. Daher können Sachen, die sich unmittelbar vor der Ergreifung in Niemandes Gewahrsam befinden, mögen sie verloren (nicht nur verlegt oder zurückgelassen), besitzverlassen oder besitzentzogen[2]) sein, wohl taugliche Objekte einer Unterschlagung, niemals aber eines Diebstahls sein.

Unter den Begriff der herrenlosen Sachen fallen auch das Wild in seiner natürlichen Freiheit, die Fische in freifließenden Gewässern,[3]) gezähmte Tiere, welche sich verlaufen und die Gewohnheit zurückzukehren verloren haben, ein ausgeflogener und nicht unverzüglich verfolgter Bienenschwarm. (§ 961 B. G.-B.)

Dagegen wird von der Mehrzahl der Schriftsteller nicht zu den herrenlosen Sachen gerechnet das Wild in umzäunten Gehegen, sowie die Fische in umschlossenen Teichen.[4]) Diese

---

[1]) Anders wäre es freilich zu beurteilen, wenn die Rechtsverhältnisse an der Sache sich inzwischen geändert haben, so namentlich dadurch, daß dieselbe dem Diebe abgenommen ist. — Wir schließen uns der Ansicht des Reichsgerichts an. — Contra v. Liszt S. 448, Anm. 8.

[2]) Vgl. Binding, Gr.-R. II, S. 153.

[3]) Die rechtswidrige Wegnahme wird aber vom Strafgesetzbuche mit besonderer Strafe belegt: vgl. §§ 292—295; 368 Ziff. 10 u. 11 St.-G.-B. (das unberechtigte Jagen). Das unberechtigte Fischen §§ 296, 296a; 370 Ziff. 4 St.-G.-B.

[4]) Die Wegnahme von Wild aus einem, von allen Seiten eingehegten Wald ist Diebstahl ohne Rücksicht auf den Umfang des eingehegten Waldes oder darauf, daß dieser im Besitze mehrerer Personen ist, deren Teile durch Gehege nicht geschieden sind. (Urteil des chem. pr.

Digitized by Google

stehen vielmehr im Eigentum und Gewahrsam und eine widerrechtliche Wegnahme in der Absicht rechtswidriger Aneignung würde Diebstahl[1]), nicht blos Verletzung der Jagd- und Fischereigesetze sein.

Verloren wird der Gewahrsam dadurch, daß der Gewahrsaminhaber ihn aufgiebt, also den Willen hat, ihn nicht mehr zu behalten. Dies kann dadurch geschehen, daß er die Sache derelinquiert, daß er den Gewahrsam auf einen anderen überträgt, nicht notwendig schon dadurch, daß er in die Ergreifung der Sache einwilligt, sie momentan in die Hände eines Dritten gelangen läßt, wenn er nur selbst anwesend bleibt. Daher hat der Inhaber eines Zimmers, der ruhig zusieht, wie ein in sein Zimmer gekommener Bettler einen Gegenstand sich aneignet, um den Dieb festnehmen zu können, nicht zur Wegnahme der Sache, sondern nur zu deren Ergreifung seine Einwilligung gegeben.[2])

Wenn das Strafgesetzbuch in § 291 den Kugeldiebstahl, d. i. die widerrechtliche Aneigung der bei Übungen der

O.-T. v. 12. März u. 6. November 1873 (O. XIV, 377, 692). — Abteilg. a. a. O., Bd. 35, S. 339 spricht dem Waldeigentümer den Gewahrsam an dem Wilde ab, welches in derart umgezäunten Gehegen sich aufhält, daß dieser auf das Ergreifen des einzelnen Stückes nicht ohne Aufwendung unverhältnismäßiger Mühe und Kosten rechnen darf. Nach ihm entscheidet für den Gewahrsamsübergang der Umstand, ob die Sache mit verhältnismäßigen Mitteln erreichbar sei; die relative Unerreichbarkeit schließe in den Augen des wirtschaftlichen Menschen, überhaupt von dem Standpunkte einer geordneten Einzelwirtschaft genommen, eine Dispositionsgewalt aus.

[1]) Das in einer Schlinge gefangene Wild gilt als okkupiert. Wer daher ein derartig gefangenes Wild, vorausgesetzt, daß er nicht selbst die Schlinge gelegt hatte, sich widerrechtlich aneignet, ist — vgl. auch Erkenntnis des fr. pr. O.-T. v. 13. Okt. 1873 — nicht nach § 292, sondern nach § 242 des St.-G.-Bs. wegen Diebstahls zu bestrafen —, Fallwild gilt nach dem Erk. des ehem. sächs. O.-A.-Gs. v. 11. August 1871 als nicht okkupiert. Wer es sich rechtswidrig zueignet, macht sich des Vergehens des § 292, nicht des Diebstahls schuldig.

[2]) v. Liszt a. a. O. S. 448.

Digitized by Google

Artillerie verschossenen Munition oder der Bleikugeln aus den Kugelfängen der Truppenschießstände nicht als Diebstahl, sondern als besonderes Vergehen bestraft, so beruht die Privilegierung dieses Thatbestandes auf der jetzt fast allgemein aufgegebenen Ansicht, daß durch den Schuß Eigentum und Gewahrsam an den Kugeln verloren gehe, die Sache mithin herrenlos werde. Dies ist jedoch beim Schuß in den Kugelfang hinein nicht der Fall, denn der Militärfiskus behält ja das Eigentum und den Gewahrsam über die verschossenen Kugeln, sonst würde er diese nicht nach § 291 geschützt haben. Auch daraus, daß die Truppen nach jeder stattgehabten Schießübung nach letzteren suchen, geht doch m. E. hervor, daß der Staat sein Eigentumsrecht an der verschossenen Munition nicht aufgeben will. Der Thatbestand ist demnach in diesem Falle derselbe, wie der zum Begriffe des Diebstahls erforderliche und sonach kann die Aneignung dieser verschossenen Kugeln Diebstahl sein, der allerdings nicht nach § 242, sondern nach § 291 des St.-G.-Bs. milder bestraft wird.

Auch hinsichtlich der Geschosse, die ihr Ziel verfehlt, über die Grenze des Übungsfeldes hinausgeflogen sind, ist — auch schon ihres hohen Wertes wegen — Dereliktion seitens der zuständigen Militärbehörde nicht anzunehmen, obwohl nach ihnen in der Regel eine Nachsuche nicht stattfindet. Sie bleiben zweifellos im Eigentum der betreffenden Militärbehörde, wenn auch der Gewahrsam an diesen Geschossen für die Behörde verloren geht.[1]) Eine Ausnahme würde nur hinsichtlich der Geschosse der Marineartillerie auf offener See zu machen sein. Diese müssen allerdings seitens der Militärbehörde als derelinquiert gelten, denn in diesen Fällen das Gegenteil anzunehmen, wäre nach den konkreten Verhältnissen widersinnig.

v. Liszt[2]) giebt zu, daß von einem Aufgeben des Eigen-

[1]) So auch Olshausen, a. a. O. Bd. II, zu § 291, N. 2b.
[2]) v. Liszt, a. a. O. S. 461.

Digitized by Google

tums und Gewahrsams seitens der Militärbehörde nicht die Rede sein kann, solange die Munition nicht über die Grenze des Übungsfeldes hinausfliegt. Er behauptet indeß, daß der Gewahrsam „bis zur äußersten Grenze gelockert" sei und daß gerade dieses Kriterium für die Privilegierung des Thatbestandes maßgebend sei. Abgesehen davon, daß ein so unbestimmter Begriff, wie der bis zur äußersten Grenze gelockerte Gewahrsam es ist, wenig Klarheit in diese an und für sich schon bestrittene Lehre zu schaffen vermag, halten wir es auch mit Lehr a. O. S. 24 für nicht unbedenklich, ihn als unterscheidendes Merkmal des § 291 hinzustellen. Von einer Lockerung des Gewahrsams kann doch sicherlich selbst dann nicht die Rede sein, wenn die Geschosse in offenen Schießplätzen niederfallen, sofern nur die Militärbehörde die Möglichkeit zur Wiedererlangung dieser Gegenstände besitzt und ihren Willen durch Ausstellung von Posten ꝛc. deutlich zu erkennnen giebt, dauernd unter Ausschluß anderer ihre Verfügungsmacht über diese Gegenstände auszuüben.

Da, wie wir gesehen haben, die bei den Schießübungen der Truppen verschossene Munition nicht in Dereliktionsabsicht verschossen wird, mit Ausnahme des oben angeführten Falles der Marineartillerie auf offener See, mithin das Eigentum bei dem bisherigen Eigentümer auf jeden Fall verbleibt, auch der Besitz an allem verschossenen Material, das in geschlossenen Schießplätzen sich befindet, für den Militärfiskus nicht verloren geht, so kann diese im Besitze der Militärbehörde befindliche Munition allerdings taugliches Objekt eines Diebstahls und die verloren gegangene taugliches Objekt einer Fundunterschlagung sein. Dennoch aber soll nach dem Willen des Gesetzgebers die widerrechtliche Aneignung verschossener oder verloren gegangener Munition nach § 291 und nicht nach §§ 242, 246 des St.-G.-Bs. bestraft werden. Demgemäß ergiebt sich, daß § 291 des St.-G.-Bs. nicht nur dann anwendbar ist, wenn der Fiskus noch Eigentum und Gewahrsam an der verschossenen Munition hat sondern daß selbst

Digitized by Google

fortbestehendes Eigentum des Fiskus für dessen Anwendbarkeit genügt.

Die überwiegende Meinung,[1]) der auch wir uns anschließen, erachtet demgemäß die Thatbestände des Diebstahls und der Unterschlagung durch den als Spezialbestimmung sich darstellenden § 291 für ausgeschlossen und fordert dessen Anwendung selbst dann, wenn im konkreten Fall erschwerende Umstände hinzutreten, welche den einfachen Diebstahl zu einem qualifizierten (§§ 243 u. 244) machen würden,[2]) wenn er auch begrifflich ein privilegierter Fall des Diebstahls bez. der Unterschlagung bleibt.

---

§ 5.

Die That besteht nach § 242 in der widerrechtlichen Entziehung der Sache aus fremdem Gewahrsam („Wegnahme"), also in dem Setzen des eignen Gewahrsams an Stelle des bisherigen. Auf die Art und Weise und die Mittel, sowie auf die Zeit, während welcher die Sache im Gewahrsam des Wegnehmenden verbleibt, kommt es dabei nicht an. Wer z. B. seinen Hund so abrichtet, daß er ihm aus einem Fleischerladen ein Stück Fleisch holt, wer durch seine eigenen Kühe ein fremdes Grundstück abweiden oder

[1]) Diese Ansicht wird vertreten von Binding, Normen Bd. I. S. 116, Note 205, Bd. II, S. 485. — Hälschner II, S. 312. — Lehr a. a. O., S. 23. — Meyer, Lehrbuch des Strafrechts, 5. Aufl. 1895, S. 574. — Dickel, der Thatbestand des Diebstahls nach deutschem Rechte, Diss. 1877, S. 39.. Merkel, die Eigentumsverletzungen H. H. des Strafrechts, Bd. III, S. 838. —

[2]) Den entgegengesetzten Standpunkt vertritt das Reichsgericht. Es hat in seiner Entscheidung v. 10. Nov. 1880 (E. Bd. II, S. 490) die Ansicht ausgesprochen, daß die Diebstahlsstrafe, nach Umständen sogar die Strafe des schweren Diebstahls einzutreten habe, wenn der Militärfiskus sich den Gewahrsam durch Umschließung des Kugelfangs erkennbar erhalten habe.

Digitized by Google

durch Aufdrehen des Hahns fremdes Gas aus dem Gasrohre ausströmen läßt, hat nach dem Gesetze „weggenommen".[1]) Dabei ist es irrelevant, ob der Thäter die gestohlene Sache selbst ergreift, wenn er sie nur dem fremden Gewahrsam in seinem Interesse entzieht. Ob daher der Thäter das von seinem apportierenden Hunde weggenommene Fleisch selbst verzehrt oder es von diesem fressen läßt, ist gleichgiltig, er begeht in dem einen, wie in dem andern Falle einen Diebstahl.

Daß die Wegnahme heimlich geschehe, ist schon seit der P. G.-O. kein Erfordernis des Diebstahls mehr, nur darf die That nicht eine räuberische, d. h. nicht eine durch Gewalt gegen die Person oder durch lebens- oder leibesgefährliche Drohung bewirkte objektiv widerrechtliche Entziehung aus fremdem Gewahrsam sein, damit der Diebstahl nicht zum Raube werde. Diebstahl und Raub unterscheiden sich daher heutzutage nur noch durch den Mangel von Gewalt, während im germanischen Rechte die Heimlichkeit ein wesentliches Moment des Diebstahls bildete.

Die Wegnahme muß ferner eine widerrechtliche sein. Sie ist dies dann, wenn der Thäter ohne Recht, wenn er wider die Eigentums- und Besitzesordnung handelt, mithin der Eigentümer und der Inhaber in die Wegnahme nicht einwilligen.[2]) Wer daher eine Sache mit Zustimmung des Eigentümers oder Inhabers wegnimmt, begeht keinen Diebstahl, denn es fehlt ja hier an der für den Begriff des Diebstahls nötigen widerrechtlichen Besitzergreifung. Wir wollen hierzu folgendes Beispiel anführen: Wenn A. dem B. erlaubt oder ihn verleitet, die ihm, dem A., eigentümlich zugehörige aber dem C. verpfändete Sache aus dem Besitze des C. wegzunehmen, so begeht B. dennoch keinen Diebstahl, wenn er dieselbe ohne Einwilligung des C. an sich nimmt, weil er

[1]) Cfr. Liszt, a. a. O. S. 449.

[2]) Cfr. das frühere sächsische Strafgesetzbuch § 272.

Digitized by Google

die Zustimmung des A., des Eigentümers der Sache, dazu hatte, obwohl er möglicherweise eine andere strafbare Handlung verüben kann. Ebenso begeht B. keinen Diebstahl, wenn er zwar ohne Einwilligung des Eigentümers A., aber doch mit Zustimmung des Inhabers C. die Sache an sich nimmt.[1])

Bestritten ist die Frage, ob die Zustimmung einer handlungsunfähigen Person zur Wegnahme einer Sache erheblich sei. Das Reichsgericht hat sich in seiner Entscheidung vom 19. Juni 1880 (E. II, S. 332 ff) mit dieser Frage beschäftigt und den rein thatsächlichen Willenszustand des bisherigen Inhabers für genügend befunden.[2]) Der höchste Gerichtshof hält es somit wohl für möglich, daß ein Geisteskranker oder Blödsinniger den Willen haben könne, nicht allein eine Sache zu behalten, sondern sie auch an eine andere Person wegzugeben. Dadurch erlangt der Empfänger der Sache die Detention mit dem thatsächlichen Willen des Tradenten. „Da jedoch der Handlungsunfähige kein Recht übertragen kann, so kann derjenige, welcher aus seiner Hand eine Sache tradiert erhält, nicht die Befugnisse erwerben, sich diese Sache zuzueignen, wenngleich sie ihm zu diesem Zwecke übergeben war. Sie bleibt also für den Empfänger eine fremde Sache, und wenn der Empfänger sie sich mit Kenntnis des persönlichen Zu-

---

[1]) Vgl. darüber v. Egidy: „Das Verbrechen des Diebstahls" S. 10.

[2]) Cfr. Meyer S. 552: „Es ist nicht ausgeschlossen, daß der Gewahrsam durch eine unzurechnungsfähige Person, falls diese überhaupt nur einen Willen zu entfalten imstande ist, geübt wird. Nicht richtig aber ist, daß Diebstahl auch dann vorliegt, wenn der Wahnsinnige u. s. w. den Gewahrsam aufgiebt." Dagegen v. Liszt S. 417 Anm. 5: „Der Wahnsinnige, das Kind kann den Gewahrsam aufgeben, nicht aber auf einen anderen übertragen. Der Empfänger ist daher Dieb." Desgl. Merkel in H. H. Bd. 3, S. 644: „Die Zustimmung zur Wegnahme einer Sache kommt nur insofern in Betracht, als sie eine Willensherrschaft über die Sache zu übertragen imstande ist. Daher ist die Zustimmung eines Wahnsinnigen oder Blödsinnigen gleichgültig. Das Gleiche gilt von der des Kindes. Diese Personen haben den Gewahrsam in dem hier maßgebenden Sinne nicht und können ihn folglich nicht aufgeben und nicht übertragen.

Digitized by Google

standes des Tradenten zueignet, so macht er sich der in den §§ 242, 246 des St.-G.-Bs. bezeichneten rechtswidrigen Zueignung schuldig, nur ist seine Handlung kein Diebstahl, sondern blos Unterschlagung, weil es an dem für den Begriff des ersteren notwendigen Merkmale der eigenmächtigen Wegnahme fehlt." So führt das Reichsgericht in der Begründung seines oben zitierten Urteils aus. — Wir teilen die Auffassung des höchsten Gerichtshofes.

Wir wollen an dieser Stelle auch die Frage mit behandeln, ob Erbschaftssachen Gegenstände des Diebstahls sein können.[1]) Nach einer Entscheidung des höchsten Gerichtshofes sind Entwendungen aus einer Erbschaft dann, aber auch nur dann als Diebstahl zu betrachten, wenn die Erbschaftssachen von irgend jemand anderem als dem Thäter detiniert werden.[2])

Es ist also erforderlich, daß bereits eine andere Person die Gegenstände in Gewahrsam genommen hatte, sodaß sich durch Wegnahme derselben der Erbschaftsplünderer einer Verletzung des Eigentums und eines Eingriffes in die Besitzesordnung schuldig macht.

Da ein Erwerb und Verlust des „Eigentums" sich nur nach civilrechtlichen Grundsätzen vollziehen kann, verweist das Strafrecht selbst auf das bürgerliche Recht. „Es giebt nur ein Eigentum" sagt Rotering im Gerichtssaal Bd. 35 S. 351.

Ob bei Lösung der „Besitzesfrage" civilrechtliche oder lediglich strafrechtliche Grundsätze maßgebend sind, hat die herrschende Lehre zu Gunsten letzterer Auffassung entschieden, „Im Strafrecht handelt es sich nicht um civilrechtlichen Besitz, sondern um thatsächliche Herrschaft" sagt Binding G.-R. II, S. 153.

---

[1]) Ausführlich behandelt ist die Frage von Többen, Diebstahl an Erbschaftssachen. Diss. 1893.

[2]) Vgl. Entscheidung des Reichsgerichts v. 17. März 1884 (Bd. X, S. 257 ff).

Digitized by Google

In gleichem Sinne spricht sich Merkel in H. H. Bd. III S. 638 aus:

„In dem Strafgesetzbuch liegt keine Hinweisung auf das Civilrecht, und die Natur der Sache weist uns offenbar darauf hin, strafrechtliche, nicht civilrechtliche Gesichtspunkte für die Abgrenzung des Diebstahls zu gewinnen."

Kehren wir nun zu der Frage zurück, ob durch Erbschaftsplünderung ein Diebstahl begangen wird, so könnte diese einheitlich nur dann bejaht werden, wenn der Gewahrsam des Erblassers im Augenblick seines Todes stets auf einen andern überginge. Nur in diesem Falle würde eine Handlung, die bis zum Tode des Erblassers Diebstahl war, auch nachher als solcher zu strafen sein.

Zum Begriff des Thatbestandsmerkmals der „Wegnahme" beim Diebstahle gehört, daß die fremde Sache dem Gewahrsam des Inhabers, der nicht zugleich der Eigentümer zu sein braucht, ohne dessen Zustimmung entzogen werde. Dieser Gewahrsam ist nun, wie wir gesehen haben, das wesentlich thatsächliche Verhältnis zu der Sache, das die Möglichkeit beliebiger Herrschaftsausübung über sie gewährt. Es ist mithin dieses Wort in rein natürlichem Sinne des allgemeinen Sprachgebrauchs zu verstehen.

Ganz dieser natürlichen Anschauung entspricht nun die Bestimmung des § 854 Abs. 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs:

„Der Besitz einer Sache wird durch die Erlangung der thatsächlichen Gewalt über die Sache erworben."

Offenbar mit dieser Anschauung steht nun der § 857 des B. G.-Bs. in Widerspruch, der ausspricht:

„Der Besitz geht auf den Erben über." [1])

Ist unter Besitz wirklich die thatsächliche Gewalt zu verstehen, so können für sein Vorhandensein oder Nichtvor-

[1]) Diese Bestimmung entspricht der Auffassung des alten deutschen Rechts: „Der Tote erbt den Lebendigen" (le mort saisit le vif). — Vgl. auch §§ 367, 368 des A. L.-R. I. 9.

Digitized by Google

handensein kein abstrakten Rechtsnormen maßgebend, sondern es kann nur die konkrete Wirklichkeit entscheidend sein. Wenn z. B. ein Erbe beim Tode seines Erblassers nicht zugegen ist, ja vielleicht von dessen Tode nicht einmal Kenntnis erlangt hat, so widerspricht es doch offensichtlich den thatsächlichen Verhältnissen, wenn nach § 857 des B. G.-Bs. angenommen werden muß, daß der Besitz der Erbschaftssachen im Augenblicke des Todes des Erblassers auf den Erben übergegangen sei. Mag ein derartiges Verhältnis immerhin vom Civilrecht als Besitz anerkannt werden, für das Strafrecht sind diese civilrechtlichen Fiktionen bedeutungslos (vgl. R.-E. Bd. 12 S. 256).

§ 242 des St. G.-Bs. fordert „Wegnahme" der fremden beweglichen Sache. Wegnehmen kann man einem andern eine Sache aber nur dann, wenn dieser sie wirklich in seiner thatsächlichen Gewalt hat.

Es kann sonach auch nach Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuchs ein Diebstahl im Sinne von § 242 des St.-G.-Bs. an beweglichen Erbschaftssachen, die sich in Niemandes thatsächlicher Gewalt befinden, nicht begangen werden. Daß gerade der Erbe die Nachlaßgegenstände in seinem Gewahrsam hat, ist zur Annahme des Diebstahls nicht unbedingt erforderlich und wird auch in vielen Fällen nicht zutreffen. Es werden aber vielleicht andere Personen, z. B. die Gattin des Erblassers, dessen bisherige Untergebenen, der Hauswirt u. s. w. die Erbschaftssachen in ihre thatsächliche Gewalt bekommen. Die Thatsache, daß dann Eigentümer und Inhaber verschiedene Personen sind, bleibt einflußlos. Daß auch diesen Personen die Nachlaßgegenstände weggenommen werden können, hat das Reichsgericht in seinem Urteile vom 17. März 1884 (E. X, S. 257) selbst anerkannt, wenn es ausführt:

> „Für die Anwendung des § 242 des St.-G.-Bs. kommt es nur darauf an, ob sich die fremde Sache zur Zeit der That in dem Gewahrsam eines andern befindet; der Gewahrsam aber fällt nicht zusammen

Digitized by Google

mit dem Besitze, sondern bedeutet die thatsächliche Verfügungsgewalt über die Sache." (Vgl. R.-E. Bd. 29, S. 207.)

---

§ 6.

Die Frage nach der Vollendung des Diebstahls war unter den älteren Kriminalisten eine sehr streitige. Es waren drei verschiedene Theorien darüber aufgestellt worden: die Kontrektations-, die Ablations- und die Apprehensionstheorie.

Am nächsten kommt der Auffassung unseres heutigen Strafgesetzbuches, das keine besondere Bestimmung über die Vollendung des Diebstahls enthält,[1]) wohl die Apprehensionstheorie. Sie erklärt den Diebstahl dann für vollendet, wenn der Thäter durch Besitzergreifung der zu stehlenden Sache diese dem Gewahrsam des bisherigen Inhabers entrückt hat. Wenn aber die Sache als in Besitz genommen zu gelten habe, ist sehr oft eine nicht so leicht zu beantwortende Frage. „Es wird zur Besitzergreifung je nach Umständen insbesondere je nach der Größe und Beweglichkeit der Sache weniger gehören oder mehr", sagt Meyer in seinem Lehrbuche S. 450. Während z. B. für die Besitzergreifung von Geld meistens ein bloßes Zufassen nach demselben genügen wird, wird bei anderen Sachen das bloße Anfassen nicht als genügend erachtet werden können.

Bestritten ist die Frage, ob der Diebstahl vollendet sei, wenn der Thäter eine Sache vorläufig in den Räumen des

---

[1]) Eine derartige Bestimmung hatte z. B. aufgenommen das bayrische Strafgesetzbuch vom 16. Mai 1813. Art. 209 daselbst lautet: „Wer wissentlich ein fremdes bewegliches Gut ohne Einwilligung des Berechtigten, jedoch ohne Gewalt an einer Person, eigenmächtig in seinen Besitz nimmt, um dasselbe rechtswidrig als Eigentum zu haben, ist ein Dieb."

Digitized by Google

Bestohlenen versteckt, um sie späterhin, wenn sich ihm Gelegenheit dazu bietet, mit fortzunehmen. Es kommt nun hierbei darauf an, wer den Gewahrsam an der versteckten Sache hat. Geht er auf den Thäter über, sodaß eine willkürliche Einwirkung auf die Sache von Seiten des Besitzers ausgeschlossen ist, so ist der Diebstahl vollendet.[1])

Mit der Frage, wann ein Diebstahl als vollendet zu betrachten sei, steht eng im Zusammenhange die, wann er als versucht oder nur als vorbereitet anzusehen sei. Die Beantwortung dieser Frage ist aus dem Grunde mit besonderen Schwierigkeiten verknüpft, weil hier „die strafbare Vorbereitung so nahe an die Vollendung heranreicht, daß für den strafbaren Versuch des einfachen Diebstahls nur ein sehr eng begrenztes Gebiet übrig bleibt".[2])

Sehr interessant inbetreff der Frage, wann ein Diebstahl als vollendet und wann er nur als versucht zu gelten hat, ist das m. E. richtige Urteil des Reichsgerichts vom 9. Juli 1885 (E. in Straff. Bd. 12, S. 353 ff).

Der dem Urteil zu Grunde liegende Sachverhalt war folgender:

Die Angeklagten H. I und H. II hatten am Sonnabend, den 7. März 1885, nachdem sie in einer Scheune des Hofes Kludow mit Dreschen und Reinigen von Erbsen für die Gutsherrschaft beschäftigt gewesen waren, abends ein jeder von den auf der Scheunendiele daliegenden ausgedroschenen Erbsen eine Quantität, der eine 49 Pfund, der andere 45 Pfund, in der Absicht, sich dieselbe zuzueignen, in einen zum Transporte des gereinigten Korns auf den Kornboden mitgebrachten Sack gefüllt, und, da sie den Transport nach Hause nicht unbemerkt bewerkstelligen konnten, so hatten sie die Säcke mit Inhalt in einem Scheunenfach versteckt und mit Stroh bedeckt, um sie zu gelegener Zeit nach Hause zu schaffen. Nachdem die An-

[1]) Vgl. Merkel in H. H. III, S. 665.

[2]) Hälschner, Strafrecht S. 304.

Digitized by Google

geklagten die Scheune verlassen hatten, wurde diese verschlossen und sollte erst am nächsten Montage zur Fortsetzung der Arbeit, an welcher auch die beiden Angeklagten wieder teilzunehmen hatten, abermals geöffnet werden. In der Nacht vom 7. auf den 8. März nun begaben sich die Angeklagten zusammen nach der Scheune, H. I gelangte durch ein in der Außenwand befindliches, vielleicht von ihm erweitertes Loch in dieselbe, öffnete dem H. II die Thüre und hierauf holte jeder von ihnen seinen Sack mit dem Inhalte aus dem Verstecke und trug ihn nach Hause.

Vollendet ist ein Diebstahl mit der Besitzergreifung durch den Thäter, also „in dem Augenblicke, wo zwischen die Sache und den Herrscherwillen des bisherigen Besitzers die jenen Willen verneinende und seine Bethätigung ausschließende thatsächliche Herrschaft des Diebes getreten ist", wie Binding Gr.-R. II, S. 155 treffend bemerkt. Der vom Thäter beabsichtigte Erfolg muß eingetreten, die Sache mithin aus der fremden in die eigene Verfügungsgewalt des Diebes gelangt sein.

In den Gründen des oben erwähnten Urteils vom 9. Juli 1885 wird nun ausgeführt:

Die Erbsen hätten sich im Gewahrsam des das Gut administrierenden Konkursverwalters befunden und die in der Absicht der rechtswidrigen Zueignung erfolgte Wegnahme derselben sei jedenfalls durch das Verstecken der Säcke mit Inhalt in dem Scheunenfache vollendet gewesen, indem hierdurch die Erbsen aus der fremden in die eigne Verfügungsgewalt der Angeklagten übergegangen seien.

Es ist allerdings bei Diebstählen der in Frage stehenden Art möglich, daß schon durch das Einfüllen der Früchte und durch das Verstecken der gefüllten Säcke in den Räumen des bisherigen Inhabers die in der Absicht rechtswidriger Zueignung erfolgte Wegnahme und damit der Diebstahl im Sinne von § 242 des St.-G.-Bs. vollendet ist, da durch diese Handlungen das Diebstahlsobjekt aus der fremden in die eigne Ver-

Digitized by Google

fügungsgewalt gebracht worden, der vom Thäter beabsichtigte Erfolg mithin eingetreten ist. Dieser Annahme steht auch nicht der Umstand entgegen, daß der Thäter, als er die erwähnten Handlungen vornahm, sich noch im Hause des Bestohlenen befand und den Sack nicht sogleich aus demselben entfernte. Das Gesetz redet von „wegnehmen", nicht von wegbringen oder gar von wegschaffen. In diesem Verstecken der gefüllten Säcke liegt die vom Gesetz geforderte Wegnahme und Besitzergreifung. Damit würde sich aber der Diebstahl vollenden.

Es ist nun aber auch noch eine andere rechtliche Beurteilung des oben mitgeteilten Sachverhalts möglich. Das Einfüllen der Früchte und Verstecken des gefüllten Sackes kann sich der Thäter auch blos als den ersten Schritt zur Erlangung eigner Verfügungsgewalt und erst das Wegschaffen des gefüllten Sackes aus der Scheune des Bestohlenen als den durch die voraufgegangene Handlung nur erleichterten Akt der Erlangung des Gewahrsams und der Entsetzung des bisherigen Inhabers vorgestellt haben.

Bei dieser Auffassung würde der Thäter das Diebstahlsobjekt durch das bloße Verstecken dem anderen noch nicht „weggenommen" haben. Er würde sich dadurch erst zur Wegnahme in den Stand gesetzt, mit der Handlung des Wegnehmens mithin erst begonnen haben. Es würde somit in der Handlung des Einfüllens und Versteckens des gefüllten Sackes nur der Anfang der Ausführung, also strafbarer Versuch (§ 43 des St.-G.-Bs.) liegen.[1]) Die Vollendung des Diebstahls würde nach dieser Auffassung erst mit der später erfolgenden Abholung des Sackes eintreten.

Ob nun im konkreten Falle das eine oder andere stattgefunden hat, ist vorwiegend thatsächlicher Natur. Im allgemeinen wird für derartige Fälle die Frage von Bedeutung

[1]) Über Vorbereitungshandlung und Versuch vergleiche insbesondere die Ausführung von Oetker in der Zeitschrift für ges. Strafrechtswissenschaft. Bd. 17, S. 65 fg.

Digitized by Google

geklagten die Scheune verlassen hatten, wurde diese verschlossen und sollte erst am nächsten Montage zur Fortsetzung der Arbeit, an welcher auch die beiden Angeklagten wieder teilzunehmen hatten, abermals geöffnet werden. In der Nacht vom 7. auf den 8. März nun begaben sich die Angeklagten zusammen nach der Scheune, H. I gelangte durch ein in der Außenwand befindliches, vielleicht von ihm erweitertes Loch in dieselbe, öffnete dem H. II die Thüre und hierauf holte jeder von ihnen seinen Sack mit dem Inhalte aus dem Verstecke und trug ihn nach Hause.

Vollendet ist ein Diebstahl mit der Besitzergreifung durch den Thäter, also „in dem Augenblicke, wo zwischen die Sache und den Herrscherwillen des bisherigen Besitzers die jenen Willen verneinende und seine Bethätigung ausschließende thatsächliche Herrschaft des Diebes getreten ist", wie Binding Gr.-R. II, S. 155 treffend bemerkt. Der vom Thäter beabsichtigte Erfolg muß eingetreten, die Sache mithin aus der fremden in die eigene Verfügungsgewalt des Diebes gelangt sein.

In den Gründen des oben erwähnten Urteils vom 9. 1885 wird nun ausgeführt:

Die Erbsen hätten sich im Gewahrsam des administrierenden Konkursverwalters befunden un[d] Absicht der rechtswidrigen Zueignung erfolgte W[eg]selben sei jedenfalls durch das Verstecken Inhalt in dem Scheunenfache vollendet gew[or]durch die Erbsen aus der fremden in die gewalt der Angeklagten üb[er]gen sei[en]

Es ist allerdings be[i] Art möglich, daß schon durch das Verstecken d[er] bisherigen Inhaber[s] eignung erfol[gt] von § [...] lun[g]

Digitized by Google

daß die An-

gefüllten Säcke

gen, daß für

erfügen. Auch

äcke in vollem

erschließens der

und dieſen ihren

erwirklichen, als

der Scheune ver-

habt, mithin auch

n ihnen entwendeten

ahls wäre ſonach nicht

§ 7.

ſtahls ſetzt endlich **dolus** voraus,

Sache **rechtswidrig zuzueignen.**"

Sache **muß eine doloſe ſein, d. h. es**

Sache **vorſätzlich wegnehmen mit dem**

fremde, **in fremdem Gewahrſam**

daß die **Wegnahme derſelben eine wider-**

Erforderniſſe **müſſen im Momente der**

liegen, wenn **von einem Diebſtahl die Rede**

der Thäter bei **der Beſitzergreifung in bona**

ſich der **Rechtswidrigkeit erſt** ſpäter be-

falls er nun **doloſer Weiſe die Sache ſich**

Unterſchlagung.

gene, welcher aus der **Gefangenanſtalt entweicht und**

ſtände (z. B. Feſſeln, **Kleider**) nur aus dem **Grunde**

weil er ſich ihrer nicht **entledigen kann, begeht daher einen**

ben Anſicht iſt v. **Schwarze S. G.-Z. XVIII, 197.**

Digitized by Google

sein und zur richtigen Beurteilung des Falles führen, wann nach den konkreten Verhältnissen die Besitzergreifung seitens des Thäters als erfolgt angesehen ist, m. a. W., wann die Verfügungsgewalt über die Sache dem bisherigen Inhaber entzogen und auf den Dieb übergegangen ist.

Der erste Richter hat nun — und zwar ganz mit Recht — angenommen, daß die Verfügungsgewalt über die gefüllten Säcke in der That schon zur Zeit des Versteckens derselben auf die Angeklagten übergegangen sei, daß die Angeklagten also schon mit diesen Handlungen den Besitz der Säcke mit Inhalt ergreifen wollten. Die Angeklagten hatten demgemäß schon am Tage des 7. März einen einfachen Diebstahl an den Erbsen vollendet.

Die Annahme eines zweiten Diebstahls würde unter diesen Verhältnissen nur dann gerechtfertigt sein, wenn die Angeklagten den bereits erlangten Gewahrsam wieder verloren und der Inhaber der Scheune ihn wieder erlangt hätte: nur in diesem Falle hätten sie die Säcke nochmals „einem Andern wegnehmen" können.

Ein Verlust des Gewahrsams ist nun aber nicht schon in dem Erwachsen eines vorübergehenden Hindernisses, die Herrschaft auszuüben, zu finden. Wenn daher die Revisionsschrift behauptet, daß durch den Verschluß der Scheunenzugänge die von den Angeklagten zuvor erlangte Verfügungsgewalt über die Erbsen verloren gegangen sei, da der Eigentümer der Scheune durch den Verschluß sein sämtliches darin befindliches Eigentum, offenbar auch dort befindliches, „ihm sonst entfremdetes" Getreide in seine Obhut nehmen, es gegen jegliche Einwirkung Dritter habe schützen wollen und damit die Erbsen dem Gewahrsam der Angeklagten entzogen habe; wenn ferner ausgeführt wird, daß die Angeklagten selbst geglaubt hätten, daß die gefüllten Säcke nicht mehr ihrer Willensbestimmung unterworfen seien und sie deshalb den Gewahrsam daran aufgegeben, also durch Dereliktion — animo — verloren hätten, so ist dies unseres Erachtens rechts-

Digitized by Google

irrtümlich. Zeigt doch gerade die Thatsache, daß die Angeklagten trotz des Verschlusses der Scheune die gefüllten Säcke aus der Scheune abholten und nach Hause trugen, daß für sie kein Hindernis vorlag, über die Säcke zu verfügen. Auch ihr Wille, die Dispositionsgewalt über die Säcke in vollem Umfange auszuüben, bestand trotz des Verschließens der Scheune seitens des Inhabers zweifellos fort, und diesen ihren Willen konnten sie auch um so mehr verwirklichen, als Niemand außer ihnen Kenntnis von den in der Scheune versteckten und mit Stroh bedeckten Säcken gehabt, mithin auch kein anderer den Gewahrsam an den von ihnen entwendeten Erbsen erlangt hatte.

Die Annahme eines zweiten Diebstahls wäre sonach nicht gerechtfertigt.

---

§ 7.

Der Begriff des Diebstahls setzt endlich dolus voraus, d. h. „die Absicht, sich die Sache rechtswidrig zuzueignen."

Die Wegnahme der Sache muß eine dolose sein, d. h. es muß der Thäter eine Sache vorsätzlich wegnehmen mit dem Bewußtsein, daß sie eine fremde, in fremdem Gewahrsam befindliche Sache und daß die Wegnahme derselben eine widerrechtliche sei.[1]) Diese Erfordernisse müssen im Momente der Besitzergreifung vorliegen, wenn von einem Diebstahl die Rede sein soll; handelte der Thäter bei der Besitzergreifung in bona fide, und wurde er sich der Rechtswidrigkeit erst später bewußt, so begeht er, falls er nun doloser Weise die Sache sich aneignet, nur eine Unterschlagung.

---

[1]) Der Gefangene, welcher aus der Gefangenanstalt entweicht und und fremde Gegenstände (z. B. Fesseln, Kleider) nur aus dem Grunde mit sich nimmt, weil er sich ihrer nicht entledigen kann, begeht daher einen Diebstahl. Derselben Ansicht ist v. Schwarze S. G.-Z. XVIII, 197.

Digitized by Google

War sich der Thäter auch nur eines dieser Erfordernisse nicht bewußt oder handelte er in einem Irrtume befangen culpos, so liegt Diebstahl nicht vor. Ein culposer Diebstahl ist überhaupt nicht denkbar, und es würde widersinnig sein einen solchen anzunehmen, da man doch nach dem Sprachgebrauche unter Diebstahl die wissentlich widerrechtliche Wegnahme versteht, dabei also eine Fahrlässigkeit vollkommen ausgeschlossen ist. Übrigens läuft, wie Merkel in H. H. des Strafrechts Bd. III, S. 647, Anm. 4 bemerkt, die Kontroverse über die Denkbarkeit eines culposen Diebstahls nur auf einen Wortstreit hinaus.

Für den Begriff des Diebstahls genügt aber die dolose Wegnahme einer Sache nicht allein, es muß noch, wie Merkel eod. sagt, „eine weitergehende rechtswidrige Absicht, welche in jener nur den Anfang ihrer Verwirklichung findet", hinzutreten, es ist die Absicht, die Sache sich rechtswidrig zuzueignen.

Was versteht man nun unter „rechtswidriger Zueignung" einer Sache. Die Frage ist äußerst bestritten. Die meisten der Strafgesetzbücher hatten diese diebische Absicht in dem Begriffe des Diebstahls zum Ausdruck gebracht. Wenn das sächsische von der Absicht, „sich zueignen und dadurch sich oder einem andern einen unrechtmäßigen Gewinn zu verschaffen", das österreichische von „sich einen Vorteil zu verschaffen" sprach, so ist zwar nicht zu leugnen, daß in ihnen allen etwas ganz Richtiges liegt, aber sie deuten doch zu sehr auf die gewinnsüchtige Absicht des Thäters hin, ein Moment, das gerade die heutige Strafgesetzgebung aus dem Begriffe auszuscheiden eifrig bestrebt ist. Das bayerische Gesetzbuch von 1813 erklärte denjenigen für einen Dieb, der „wissentlich ein fremdes, bewegliches Gut ohne Einwilligung des Berechtigten . . . . . eigenmächtig in seinen Besitz nimmt, um dasselbe rechtswidrig als Eigentum zu haben". Diese Fassung ist aber gewiß deshalb nicht richtig, weil der Dieb doch mit Bestimmtheit weiß, daß er nicht Eigentümer werden kann und auch gar nicht Eigentümer werden will.

Digitized by Google

Während nun einerseits bei der Zueignung die Erwerbung des Eigentums ausgeschlossen ist, so genügt auch andererseits „die bloße Begründung eines faktischen Herrschaftsverhältnisses" nicht, wie Merkel in H. H. S. 648 richtig bemerkt. Die Begründung eines Herrschaftsverhältnisses, welches für den Diebstahl allerdings unentbehrlich ist, liegt schon in dem Worte „wegnimmt", nicht aber in dem „zueignen", von welchem die Wegnahme „als ein selbständiger Bestandteil des verbrecherischen Unternehmens unterschieden wird." (Merkel).

§ 242 des St.-G.-Bs. verlangt für die Handlung des Thäters zweierlei: einmal die Enteignung einer fremden beweglichen Sache und sodann deren Aneignung.[1])

Die Enteignung muß stets als eine dauernde gewollt sein, m. a. W., die Absicht des Thäters muß darauf gehen, die fremde Sache der Herrschaftssphäre des Eigentümers definitiv zu entziehen — aber nicht durch Zerstörung —, um ihm dadurch die Möglichkeit zu nehmen, über sie als eigne Verfügungen zu treffen und sie als solche zu gebrauchen. Der Thäter muß die Absicht haben, die bisherige rechtmäßige Herrschaft des Anderen, sei es nun der Eigentümer oder sonst ein Berechtigter, bleibend auszuschließen.[2])

Von einer Enteignung kann daher dann keine Rede sein, wenn die Absicht des Thäters nur darauf geht, die fremde Sache vorübergehend zu gebrauchen oder sie für den Eigentümer aufzuheben.[3])

---

[1]) Vgl. besonders Binding G.-R. II, S. 134 fg.

[2]) Feisenberger, Die widerrechtliche Hebung fremder Sparkassenguthaben, S. 27.

[3]) Bedenklich ist die Ansicht von Maschke, das Eigentum im Civil- und Strafrecht. Er erblickt (S. 205 ff) in jeder widerrechtlichen Gebrauchs- oder Besitzhandlung, ja selbst schon in der bloßen Wegnahme einen Akt der Zueignung. Demgemäß hält er jede Gebrauchsanmaßung für Diebstahl oder Unterschlagung. Maschke verkennt eben das Wesen der strafrechtlichen Wegnahme und Aneignung vollständig. Schon der fundamentale Unterschied zwischen Aneignung und Gebrauchsanmaßung, „daß

Digitized by Google

Die Wegnahme einer fremden Sache zum Zwecke der Verpfändung ist nur dann nicht Diebstahl, wenn der Thäter die ernstliche Absicht hatte, das Pfandobjekt rechtzeitig wieder einzulösen und dem Eigentümer zurückzustellen, auch zugleich die gegründete Aussicht vorhanden war, daß er dies würde thun können.[1]) Denn in diesem Falle will ja nur der Thäter nach einer einzelnen bestimmten Richtung hin über die Sache verfügen, nämlich nur einen vorübergehenden Gebrauch von ihr machen.

Verpfändet aber der Thäter die fremden Sachen in der Absicht, sie nicht selbst einzulösen, gleichwohl aber durch Übersendung der Pfandscheine dem Eigentümer die Möglichkeit zu verschaffen, die Pfandgegenstände wiederzuerlangen, so hat er die Sachen diesem enteignet, „denn der Herr bedarf eines neuen Rechtsgeschäfts, um diese Sachen wiederzuerlangen“ wie Binding Gr.-R. II, S. 135 bemerkt.

Die Dauer der Enteignung liegt nicht bei dem Thäter. Der Eigentümer kann die gestohlene Sache früher oder später, ja vielleicht niemals wiedererlangen. Vollendet ist die Enteignung dann, wenn die Sache durch den Thäter in einen Zustand versetzt wird, der dem Eigentümer die Geltendmachung seiner Rechte unmöglich machen soll.

Zu dieser Enteignung muß noch die Aneignung der fremden Sache durch den Thäter hinzukommen. Der Thäter muß die Sache seinem Herrschaftswillen unterordnen, über sie

---

jene den Eigentümer um die Sache bringen will, diese aber gerade nicht“ wie Binding Gr.-R. II, S. 134 Anm. 2 treffend bemerkt), hätte ihn auf den richtigen Weg bringen können. Wer eine fremde Sache nur gebraucht, ohne dabei in Aneignungsabsicht zu handeln, begeht schlechterdings keinen Diebstahl. — Richtig v. Liszt a. a. O. S. 450. Vgl. Olshausen, Comm. zu § 242, N. 29.

[1]) R. III. 3. Juli 1884, E. XI, 68. R. VI, 613: Jemand, der seinem Vater Pfandsachen weggenommen und anderweitig verpfändet hatte, wurde wegen Diebstahls bestraft, weil er seinem Vater die Scheine zur Auslösung der Pfandsachen gesandt, also nicht die Absicht gehabt hatte, dieselben selbst auszulösen.

Digitized by Google

verfügen wollen. Ob er die entwendete Sache für sich behalten, verbrauchen, verschenken oder veräußern will, ist für den Begriff bedeutungslos.

Somit ergiebt die vorstehende Ausführung als Resultat: Die Enteignung ist notwendiger Weise als dauernde gewollt, die Aneignung kann als dauernde oder vorübergehende beabsichtigt sein. Immer aber ist eine Aneignungshandlung erforderlich, durch welche der Thäter seine Herrschaft über die fremde Sache unter Verneinung des Willens des Eigentümers bethätigt. Es eignet sich demnach derjenige die fremde Sache an, der sie entgeltlich oder unentgeltlich veräußert, verpfändet, verbraucht oder ohne Restitutionsabsicht gebraucht, nicht hingegen der, welcher Besitz ergreift, um sie für den Eigentümer zu verwahren oder die vielleicht zum Teil durch den Gebrauch entwertete Sache dem Eigentümer nach genauchtem Gebrauche zurückzustellen.[1])

Welcher strafbaren Handlung macht sich nun derjenige schuldig, der eine Sache einem andern wegnimmt, um sie sofort zu zerstören? Begeht er einen Diebstahl oder ist er nach § 303 des St.G.Bs. wegen Sachbeschädigung zu verurteilen? Beide Delikte unterscheiden sich, wie Oberr[2]) S. 185 ganz richtig bemerkt, nicht durch ihren objektiven Thatbestand durch die Handlung des Thäters als solche, sondern lediglich durch ein inneres subjektives Moment, durch die Absicht, welche dem Thäter bei Zueignung der Sache innewohnt. Diese Zueignungsabsicht läßt sich aber nur allein dadurch erkennen, „daß man die Willensrichtung untersucht, welche die vom Thäter vorgesetzte bezw. beabsichtigte Verfügung über die Sache erkennen läßt". Nur aus der der Handlung, dem Thun

[1]) Vgl. Entscheidung des Reichsgerichts v. 23. Februar 1893 (E. XXIV, S. 22ff): Eine Kellnerin, die dem Wirte Biermarken entwendet, um sie ihm später als angeblich unverwendete zurückzugeben, unterschlägt das Geld für empfangenes Bier, stiehlt aber die Marken nicht.

[2]) „Über das Objekt bei den strafbaren Angriffen auf vermögensrechtliche Interessen", Breslau 1897.

Digitized by Google.

zu Grunde liegenden Willensrichtung läßt sich die Natur des Delikts feststellen; der Wille, die Absicht ist das entscheidende Kriterium zur Unterscheidung von Sachbeschädigung und Diebstahl.[1])

Die Motive zu § 242 sagen von diesem Falle:

„Ist die Absicht gleich anfänglich auf die Zerstörung der Sache gerichtet, ist allerdings ein Diebstahl nicht vorhanden, wenn die Wegnahme und die Zerstörung zusammentreffen, weil es hier an der Absicht der Zueignung überhaupt gebricht" (E. in Strafs. Bd. II S. 239. Jur. Wochenschrift 1892, S. 240).

Geht aber im konkreten Falle der Wille des Thäters dahin, die betreffende Sache seinen ökonomischen Zwecken dienstbar zu machen, mithin sich einen Vorteil durch seine Handlung zu verschaffen, so liegt wohl der Thatbestand des Diebstahls, niemals aber der Thatbestand des Vergehens aus § 303 des St.-G.-Bs. vor.

Die Schwierigkeit der Beurteilung derartiger Fälle tritt aber ganz besonders dann hervor, wenn die Wegnahme und die Zerstörungshandlung zeitlich auseinanderfallen. Ullmann[2]) ist der Ansicht, daß derartige Fälle sämtlich unter § 242 zu subsumieren seien, da der Diebstahl durch die in der Absicht der Zueignung erfolgte Wegnahme der betreffenden Sache schon vollendet sei und eine späterhin erfolgende Beschädigung oder Zerstörung derselben auf die rechtliche Beurteilung dieses Falles keinen Einfluß haben könne. Mag auch Ullmann für

[1]) Cfr. Oppenhoff § 242, N. 41: Zueignung ist es, „wenn Jemand die Sache zerstört zur Bethätigung des Willens, über die Sache als sein Eigentum zu verfügen." — Als Absicht der Zueignung ist nicht die Absicht anzusehen, die Sache sofort zu zerstören oder sie zu beschädigen und dann zurückzugeben. Entscheidung des Reichsgerichts vom 11. November 1884 (XI, S. 239, R. IV. S. 537). — Rotering G. Bd. XXXVI, S. 525. — Villnow, Raub u. Erpressung, 1875, S. 17. — Binding, Normen II, S. 546. — Lueder, Vermögensbeschädigung, S. 70.

[2]) Ullmann, der dolus beim Diebstahl, S. 70—72.

Digitized by Google

die meisten dieser Fälle recht behalten, so können wir seiner Ansicht doch nicht gänzlich beipflichten. Es kommt eben bei Beurteilung des einzelnen Falles lediglich auf die Absicht des Thäters, auf die Willensrichtung, welche seiner Handlung zu Grunde liegt, wie oben bemerkt, an.

Eine in neuerer Zeit sehr bestrittene Frage ist die, wie die rechtswidrige Hebung fremder Sparkassen-Guthaben strafrechtlich aufzufassen ist.[1])

Bevor wir in die Entscheidung der Strafbarkeitsfrage selbst eintreten, halten wir es für geboten, zuerst die civilrechtliche Vorfrage nach der rechtlichen Natur eines Sparkassenbuches zu erledigen. Es ist dies um so nötiger, als hier ein enger Zusammenhang zwischen Civil- und Strafrecht besteht, „da einer der merkwürdigen Fälle vorliegt, in denen man die Strafe auf Grund spitzfindiger, könnte man fast sagen, oder doch wenigstens spitziger civilistischer Untersuchung zu bestimmen hat" (Schneider, Zeitschr. f. Strafr. Bd. XIV, S. 50f), auch Streit darüber herrscht, ob dem Sparkassenbuch der Charakter eines Inhaber- oder Legitimationspapiers zuzusprechen sei.

Die herrschende Meinung hat sich dafür entschieden, daß Sparkassenbücher,[2]) d. h. von der Sparkassenverwaltung aus-

---

[1]) Vgl. über diese Frage: Doerr, die rechtswidrige Hebung fremder Sparkassen-Guthaben, im Gerichtssaal Bd. 52, S. 1ff. — Schneider in der Zeitschrift für ges. Strafrechtswissenschaft v. Liszt und v. Lilienthal Bd. 14, S. 36ff. — Feisenberger, die widerrechtliche Hebung fremder Sparkassenguthaben.

[2]) Die Sparkassenbücher können auf Namen ausgestellt werden oder nicht. Ersteres bildet allerdings die Regel. Der rechtliche Charakter bleibt derselbe, wenn dies auch von vielen neueren Schriftstellern geleugnet wird. Bei einem Sparkassenbuche, welches nicht auf Namen lautet, sondern nur mit einer Nummer ausgezeichnet ist, wird der Name des Berechtigten in das Hauptbuch der Sparkasse eingetragen. Wer daher unberechtigt einen Betrag abhebt, läuft Gefahr, sich durch Nennung eines falschen Namens dem Kassenbeamten gegenüber zu verraten. Die Abhebung wird in solchen Fällen für einen Unberechtigten nur erschwert.

Digitized by Google

gestellte Quittungsbücher, die auf die eingezahlten Beträge lauten, nicht als Inhaberpapiere im Sinne von § 793 des B.G.Bs., sondern als Legitimationspapiere aufzufassen seien.

Bei den Inhaberpapieren ist der Besitz der Urkunde maßgebend für das in ihr verbriefte Recht. Aber nur derjenige Inhaber des Papiers ist nach § 793 des B.G.Bs. auf Grund der Urkunde Zahlung zu fordern berechtigt, der zur Verfügung über die Urkunde berechtigt ist, d. h. der Eigentümer der Urkunde und derjenige, dem von dem Eigentümer das Verfügungsrecht über das Papier übertragen ist. Der Inhaber der Urkunde ist von dem Aussteller bis zum Nachweise des Gegenteils als zur Verfügung über das Papier berechtigt anzuerkennen und demgemäß kann der Aussteller dem Inhaber ohne Prüfung seiner Legitimation die im Papier ausgedrückte Leistung unter Vorlage der Urkunde aushändigen. Durch Zahlung an einen unberechtigten Inhaber wird er von seiner Schuldverbindlichkeit befreit.

Auch den Standpunkt des Art. 307 des alten Handelsgesetzbuchs hat das Bürgerliche Gesetzbuch in § 935 Abs. 2 adoptiert. Es erwirbt somit der redliche Erwerber von Inhaberpapieren (vgl. § 367 des H.G.Bs. v. 10. Mai 1897) selbst wenn sie gestohlen waren, Eigentum: für den Gläubiger zieht demgemäß der Verlust des Papiers auch den Verlust des Forderungsrechts bei gutgläubigem Besitze eines Anderen am Papier nach sich. „Urkunde und Wert decken sich“[1]) „es entsteht und fällt die Forderung mit dem Papier“.[2])

Anders bei den Legitimationspapieren, zu welchen mit den meisten neueren Juristen die Sparkassenbücher zu stellen sind.[3]) Hier ist das in der Urkunde verbriefte Recht

[1]) Felsenberger, a. a. O. S. 8.

[2]) Doerr, a. a. O. S. 9.

[3]) So Brunner in Endemanns Handbuch des Handelsrechts Bd. II, S. 140 fg. Goldschmidt, Zeitschrift für Handelsrecht IX, S. 144 ff. Entscheidung des eh. preuß. Obertribunals, in Goltd. Arch. X S. 324 f. R.G. (E. in Civils. X, S. 40).

Digitized by Google

an eine bestimmte Person als Gläubiger derart gebunden, daß es ihm nicht, wie beim Inhaberpapier (§ 935 Abs. 2 des B. G. Bs.) durch gutgläubigen Besitz eines Anderen entzogen werden kann, daß aber dennoch der Schuldner dem Präsentanten des Papiers gültig zahlen kann und daher auch befreit wird, wenn er an einen unberechtigten Inhaber leistet. Die Präsentation der Urkunde gilt als genügende Legitimation.

Urkunde und Wert decken sich bei den Legitimationspapieren aber nicht. Daraus erklären sich die Maßregeln, die dem Gläubiger z. B. beim Abhandenkommen eines Sparkassenbuches zu Gebote stehen. Ist das Buch dem Gläubiger aus seinem Besitze gekommen, so hat der Täter den Eigentümer noch nicht seines Rechts auf die Forderung beraubt, vorausgesetzt, daß dieser nur vor der rechtswidrigen Behebung der Spareinlage seitens des unberechtigten Dritten den Besitzverlust der Kasse anzeigt und sein Konto sperren läßt. Damit ist der Sparkassenverwaltung im konkreten Falle die ihr sonst zugestandene Befugnis, den Überbringer des Sparkassenbuchs als den Empfangsberechtigten anzusehen und mit befreiender Wirkung an ihn zu zahlen, wieder genommen und der Beamte, der trotzdem an den Präsentanten des Buches zahlt, ohne dessen Legitimation zur Erhebung von Sparkassengeldern zu prüfen, hat für die Folgen seiner mala fides oder Unachtsamkeit einzustehen. Dies ist ein deutlicher Beweis dafür, daß nicht mit Notwendigkeit das Forderungsrecht an den Besitz der Urkunde geknüpft ist, wie bei dem Inhaberpapier, bei dem der Verlust des Papiers auch zugleich den Verlust des Forderungsrechts nach sich zieht.

Welches Verbrechen liegt nun in der widerrechtlichen Hebung eines fremden Sparkassenguthabens?

Man hat diesen Rechtsfall nicht nur in der verschiedensten Weise strafrechtlich zu charakterisieren gesucht (als Diebstahl, Unterschlagung am Sparkassenbuch, Unterschlagung am erhobenen Gelde, als Betrug usw.), sondern es sind auch die Begründungen derer, welche die Handlung unter ein und den-

Digitized by Google

selben Paragraphen des Strafgesetzbuches subsumieren, verschiedenartig.

Die jetzt herrschende Auffassung erblickt in der Wegnahme eines Sparkassenbuchs, um einen Teil bez. das ganze Guthaben zu erheben, Diebstahl bez. Unterschlagung. Denselben Standpunkt vertritt auch das Reichsgericht in mehreren seiner Entscheidungen, nicht ohne Opposition bei hervorragenden Kriminalisten zu finden.

Einen ganz eigentümlichen Begriff der rechtswidrigen Zueignung im Sinne von §. 242 (bez. 246) des St.-G.-Bs. hat das Reichsgericht — entgegen der gemeinen Meinung — in seinen Urteilen vom 1. Mai 1884 (E. X. S. 369) und vom 3. Oktober 1890 (Goltd. Archiv Bd. 38, S. 424 ff) aufgestellt

In dem Urteile vom 3. Oktober 1890 hat der IV. Strafsenat entschieden,

> daß derjenige, der einem Anderen ein Sparkassenbuch in der Absicht wegnimmt, von demselben nur einen Teil der Einlage abzuheben und es hierauf dem rechtmäßigen Inhaber wieder zuzustellen, einen Diebstahl begeht.

Das Reichsgericht führt in den Gründen zu den besagten Erkenntnissen von 1884 und 1890 aus, daß der Begriff der Zueignung keineswegs mit Notwendigkeit diese auf definitive Entziehung der Substanz der weggenommenen Sachen gerichtete Absicht voraussetze und vielmehr eine Zueignung der weggenommenen Sachen schon dann vorliege, wenn der Wegnehmende beabsichtigt hätte, über die Sachen auch nur eine einzelne Verfügung zu treffen, welche aber als zur ausschließlichen Zuständigkeit des Eigentümers gehörig betrachtet werden müsse. Es sei daher die Wegnahme eines Sparkassenbuchs zur Behebung auch nur eines Teiles des Betrages trotz der Absicht, es nach erhobener Einlage wieder zurückzugeben, Diebstahl, wenn auch nicht der Sparkasseneinlage, so doch der Substanz des Sparkassenbuchs. Die Auffassung könne nicht mit dem Hinweis auf das im Eigentumsbegriffe

Digitized by Google

liegende Moment der dauernden Dienstbarmachung einer Sache bekämpft werden.

Der Zueignungswille werde durch die Absicht, sich der Sache bald wieder zu entäußern, nicht unbedingt aufgehoben der Thatbestand des Diebstahls auch dadurch nicht ausgeschlossen, daß die dem rechtmäßigen Eigentümer entzogene Sache mit Zuthun des Thäters wieder an ihn zurückgelange. Der Begriff der Zueignung wird nun aber entschieden von dem höchsten Gerichtshofe verkannt, wenn er annimmt, daß dazu eine einzige Verfügung, die zur ausschließlichen Zuständigkeit des Eigentümers gehöre, ausreiche.

Wie wir früher ausgeführt haben, heißt sich eine Sache zueignen: über dieselbe wie der berechtigte Eigentümer und mit Ausschluß desselben die Herrschaft ausüben, „für sich ein Verhältnis zur Sache schaffen, welchem es nur an der rechtlichen Sanktion mangelt, um Eigentumsverhältnis zu sein", wie Binding Normen II, S. 545 sagt.

Dieses „se ut dominum gerere" schließt nun aber, wie wir oben gesehen haben, eine dauernde Dienstbarmachung und Entziehung in sich. Darauf muß notwendiger Weise die Absicht des Thäters gerichtet sein, nicht nur darauf, einen vorübergehenden — wenn auch unbefugten — Gebrauch von der weggenommenen Sache zu machen.

Aus der Auffassung derartiger Fälle als Diebstahl würde sich aber mit Notwendigkeit ergeben, daß das Reichsgericht und mit ihm die herrschende Meinung das in der Regel straflose furtum usus regelmäßig mit Strafe belegen müßte.

Übrigens finden sich in den Begründungen der Urteile des Reichsgerichts scharfe Widersprüche. So wird in dem Urteile vom 20. Dezbr. 1883 (R. V, S. 797) ganz richtig ausgeführt — es handelt sich um den Fall einer vorübergehenden Verpfändung einer Sache — : „Die im § 242 des St.-G.-Bs. vorausgesetzte rechtswidrige Zueignung erfordert die Absicht des Thäters, sich die fremde Sache zu eigen zu machen, über sie die thatsächliche, wenn auch nicht die recht-

Digitized by Google

liche Herrschaft mit Ausschluß des Eigentümers zu erlangen. Es muß mithin der Wille des Thäters darauf gerichtet sein . . . dieselbe (sc. Sache) dem Eigentümer definitiv zu entziehen. Daran ändert nichts, daß auch die Verpfändung ein Dispositionsakt ist, „zu dessen Vornahme der Regel nach nur der Eigentümer oder ein Dritter mit seiner Einwilligung befugt ist".

Wenn nun das Reichsgericht in der eben mitgeteilten Begründung seines Urteils bei vorübergehender Verpfändung in der Handlungsweise des Thäters die Absicht rechtswidriger Zueignung nicht erblickt, so ist nicht abzusehen, warum derselbe Gerichtshof die Wegnahme eines Sparkassenbuchs zum vorübergehenden Gebrauch als Diebstahl bestraft, also ein furtum rei zu begründen sucht, während doch nur furtum usus vorliegt.[1])

Das Reichsgericht hat denn auch den Widerspruch mit seiner Entscheidung vom 20. Dez. 1883 und die Unhaltbarkeit seiner in den besagten Urteilen von 1884 und 1890 beliebten Begründung eingesehen und diese in seiner Entscheidung vom 7. März 1891 (E. XXII, S. 2ff) völlig aufgegeben. In der Begründung letzteren Urteils, welches im wesentlichen an die Entscheidung des ehem. preuß. Obertribunals vom 21. Januar 1863 (Goltd. Arch. Bd. 11, S. 371) erinnert, führt der III. Strafsenat aus, daß der Thäter, wenn er auch die Absicht gehabt habe, das Sparkassenbuch nach teilweiser Abhebung seinem Eigentümer zurückzustellen, doch einen Diebstahl begehe, da

> „das Sparkassenbuch nicht als Buch schlechthin, sondern als Beweisurkunde für die darin verbriefte Forderung und als Legitimationspapier für den

[1]) Wir sind weit davon entfernt, in jedem Falle die Entwendung von Sparkassenbüchern als furtum usus straflos zu lassen, halten jedoch § 284 Abs. 1 für unanwendbar, wenn die Absicht des Thäters auf Behebung der Einlage gerichtet, also Mittel zum Zweck ist.

Digitized by Google

jeweiligen Inhaber, mithin als Wertpapier in Betracht zu ziehen sei, welches ein Vermögensobjekt für den berechtigten Besitzer und gleichermaßen ein begehrenswertes Objekt für eine widerrechtliche Aneignung darstelle". Der erste Richter gehe daher von der ganz richtigen Erwägung aus, daß „die Absicht des Thäters bei einer jedesmaligen Wegnahmehandlung darauf gerichtet gewesen sei, einen bestimmten Teil des Sparkassenbuchs, nämlich seinen vermögensrechtlichen Substanz sich zuzueignen".

Die Begründung dieses Urteils, welche wir ebenfalls als zutreffend nicht erachten können, hat aber vollständig das Wesen des Sparkassenbuchs als Legitimationspapier verwachlässigt. Doch nur dann würde es zutreffend sein, zu sagen, der Vorsatz des Thäters sei bei einer jedesmaligen Wegnahmehandlung darauf gerichtet gewesen, sich einen bestimmten Teil des Sparkassenbuchs, nämlich seiner vermögensrechtlichen Substanz zuzueignen, wenn das Sparkassenbuch ein Inhaberpapier wäre, bei welchem also Urkunde und Wert sich decken würden. Urkunde und Wert sind aber, wie wir oben gesehen haben, beim Sparkassenbuch als Legitimationspapier absolut nicht identisch und man muß sich sehr vor einer Identifizierung von Buch und Einlage, wie das Reichsgericht es thut, hüten.[1]) „Die Identität aber blos deswegen anzunehmen, um bei derartigen Fällen einen Diebstahl konstruieren zu können, als ob es sonst kein strafbares Delikt, bez. keinen anderen Strafparagraphen gäbe, — das ist mehr denn „Analogie", das ist ein „bedenkliches" Verfahren der Gerichte, welches durch die Bemerkung: ‚die Handlung verdient die Strafe nicht gerechtfertigt werden kann".[2])

[1]) Vgl. dazu Schneider a. a. O. S. 62. — Auch das Reichsgericht gesteht in seiner Entscheidung v. 29. Oktober 1894 (E. 26, S. 151 ff) zu, daß „Bedenken" gegen die Annahme eines Diebstahls „unverkennbar vorhanden" sind.

[2]) Doerr a. a. O. S. 27.

Digitized by Google

Hartmann (Goltd. Arch. Bd. 40, S. 259ff) setzt an Stelle des Buches die Beweisurkunde als Objekt der Aneignung. Er meint (S. 262), daß der Dieb wisse, wenn er in Ausführung seiner diebischen Absicht auch nur einen Teil der Einlage abhebe, daß er dem Bestohlenen nicht dieselbe, sondern eine um den Betrag des erhobenen Geldes entwertete Urkunde, also eine andere zurückbringe. Er bewirke durch die teilweise Abhebung notwendiger Weise, daß durch den Gebrauch, den er von dem Sparkassenbuch mache, die von ihm weggenommene Urkunde untergehe und damit dem rechtmäßigen Eigentümer entzogen werde. Die an ihre Stelle vom Diebe dem Eigentümer zurückgebrachte Urkunde sei ein anderes Wertstück als das weggenommene. Diejenige aber, welche der Thäter weggenommen, habe er sich in Folge dessen durch Verbrauch angeeignet.

Dieser Ansicht Hartmanns können wir nicht beitreten. Wir halten es nicht für denkbar, daß jemand eine Urkunde, wenngleich in veränderter Gestalt, dem Eigentümer zurückbringt und sich dieselbe gleichzeitig durch Verbrauch aneignet. Der Thäter, der auf ein fremdes Sparkassenbuch einen Teilbetrag abhebt und es dem Eigentümer zurückstellt, hat sich weder das Buch als solches angeeignet, denn dieses will er ja dem Eigentümer unversehrt zurückstellen, noch auch die darin befindlichen Beweisurkunden, denn diese beweisen vor wie nach den Bestand der Forderung zu bestimmter Zeit; diese sind nur um einen Vermerk, welcher die Höhe des abgehobenen Betrages ersehen läßt, vermehrt, „sie sind zwar gebraucht, aber nicht verbraucht worden.[1])

Die eigentlich strafbare Handlung — das punctum saliens — bei dem hier in Frage stehenden Delikt ist doch nicht die Wegnahme des Sparkassenbuchs, sondern die rechtswidrige Hebung eines Teils der Einlage, denn die Absicht des Thäters ist ja bei der Wegnahme in Restitutionsabsicht gar nicht auf

[1]) Binding, Grundriß II, S. 135.

Digitized by Google

Zueignung der Urkunde, sondern lediglich auf teilweise Abhebung des Guthabens gerichtet. Dieser vorübergehende Gebrauch der Urkunde aber, der ja an und für sich unrechtmäßig ist, bleibt aber als furtum usus straflos und bildet nur einen Bestandteil einer anderen strafbaren Handlung, die in dem Beheben des Guthabens liegt.

Welche strafbare Handlung liegt nun in der rechtswidrigen Behebung fremder Sparkassenguthaben?

Wir erblicken mit Doerr a. a. O. S. 44 in dem hier fraglichen Delikt Betrug im Sinne von § 263 des St.-G.-Bs. und zwar nicht blos in dem Falle, wo es sich nur um die widerrechtliche Abhebung von Teilbeträgen handelt, sondern selbst dann, wenn der Thäter das ganze Guthaben rechtswidrig einzieht.

Diese Annahme rechtfertigt sich aus folgenden Erwägungen: Der Kassenbeamte will dem Legitimierten zahlen, er braucht die Legitimation des Überbringers des Buchs nicht zu prüfen. Durch Vorweisen des fremden Sparkassenbuchs erscheint nun der Thäter als Berechtigter legitimiert, er erweckt bei dem Kassenbeamten den Glauben, als sei er als Eigentümer bez. als dessen Bevollmächtigter zur Erhebung des Geldes befugt. Durch diese Irrtumserregung wird derselbe zur Zahlung und somit zur Disposition über fremdes Vermögen zum Nachteile des Eigentümers und zum Vorteile des unberechtigten Buchinhabers veranlaßt.

Absolute Identität der geschädigten und der getäuschten Person bildet nach dem Wortlaute des § 263 des St.-G.-Bs. keine Voraussetzung des Betrugs, es genügt relative Identität in dem Sinne, daß die getäuschte Person über die Vermögensrechte der geschädigten gültig zu verfügen in der Lage ist, was bei den Sparkassenbüchern infolge der statutarischen Präsentationsklausel zutrifft.

Eine in Doktrin und Praxis gerade in unserer Zeit vielbestrittene Frage ist die, ob der Dieb die Absicht haben müsse, die Sache sich unentgeltlich zuzueignen, sich auf Kosten Anderer zu bereichern.

Digitized by Google

Bei der Redaktion des preußischen Strafgesetzbuches war man entschieden darüber nicht im klaren, daß die Frage, ob Gewinnsucht für den Begriff des Diebstahls erforderlich sei, wesentlich verschieden ist von der, ob der Dieb die Absicht haben müsse, sich auf fremde Kosten zu bereichern. Um nun jedweden Irrtum zu vermeiden, war man eifrig bestrebt, das Motiv der Gewinnsucht aus dem Thatbestande des Diebstahls herauszubringen und § 215 des preußischen Strafgesetzbuches sprach nur von der Absicht des Diebes, „sich die Sache rechtswidrig zuzueignen". Freilich nahm man irrig hierbei an, daß „in der Absicht der rechtswidrigen Zueignung die Absicht, sich die fremde Sache ohne Entgelt zuzueignen", ausgedrückt liege.[1]) Obwohl in den Verhandlungen im Landtage besonders darauf hingewiesen wurde, daß durch die einfache Bezeichnung „rechtswidrige Zueignung" der Diebstahl nicht genügend von der Selbsthilfe unterschieden werde, behielt man doch diese Bezeichnung bei, indem man der Meinung war, damit am besten jeden möglichen Irrtum über das Motiv der Gewinnsucht auszuschließen und jedweden Zweifel zu heben, indem man, wenn auch irrig, annahm, daß Diebstahl und Selbsthilfe sich dadurch unterscheiden, daß der Thäter sich der Rechtswidrigkeit seiner Handlungsweise bewußt sei.[2])

Die Beantwortung obiger bestrittenen Frage hängt eng zusammen mit der, ob der Diebstahl sich richte gegen das Vermögen im juristischen Sinne, „den Inbegriff der einzelnen Vermögensrechte",[3]) oder gegen das Vermögen im ökono-

---

[1]) Vgl. auch „Entwurf eines Strafgesetzbuchs f. d. Norddeutschen Bund" nebst Motiven und Anlagen. 1870. S. 74.

[2]) Vgl. Doerr, über das Objekt ꝛc. S. 199: „Der Mangel eines meritorischen Eingriffs in die fremde Vermögenssphäre ist der Faktor, welcher die Selbsthilfe sich vom Diebstahl abheben läßt."

[3]) So Lehr a. a. O. S. 6. — Birkmeyer in seinem Werk: „Über das Vermögen im jur. Sinne", 1879, S. 108 bezeichnet das Vermögen im jur. Sinne als „ein Inbegriff von Rechten", als eine „universitas juris" im Gsf. zum Vermögen im natürlichen oder ökonomischen Sinne

mischen Sinne, „gegen den Inbegriff der einzelnen Vermögenswerte". Die jetzt herrschende Ansicht[1]) stellt sich auf den Boden der Eigentumsdeliktstheorie, m. a. W. sie faßt den Diebstahl als ein Delikt gegen das Eigentum im juristischen Sinne auf.

Vom Standpunkte der Theorien verschieden zu beantworten ist auch die in neuerer Zeit vielfach erörterte Frage, ob an wertlosen Gegenständen, d. h. an Sachen ohne einen in Geld abschätzbaren Wert, wie Lehr a. a. O. S. 6 sich ausdrückt, ein Diebstahl möglich sei. Diese Frage wird von den Anhängern der Eigentumsdeliktstheorie, die den Diebstahl als ein gegen das formale Eigentumsrecht gerichtetes Vergehen auffassen, bejaht, da nach ihrer Ansicht alle Sachen, die in fremdem Eigentum und Gewahrsam stehen, Objekte des hier fraglichen Vergehens sein können, ohne daß bei ihnen ein besonderer Wert erfordert wird. Wenn sie nun aber trotzdem in den meisten derartigen Fällen eine Verurteilung wegen Diebstahls nicht eintreten lassen, so geschehe dies nur aus dem Grunde mangelnden Bewußtseins der Rechtswidrigkeit seitens des Thäters, da in der Regel der Handelnde voraussetzen könne, der Eigentümer oder zur Disposition Befugte werde nichts gegen die Wegnahme einzuwenden haben. „Das ist

als „Inbegriff von Geldwerten", als „universitas facti". — Vgl. auch Doerr a. a. O. S. 14f und die dort zitierte Literatur.

[1]) Vertreter dieser Theorie sind: Gebauer, der strafrechtliche Schutz wertloser Gegenstände in Benneke's Abhandlungen des Breslauer Seminars 1893. v. Liszt. v. Schwarze. Oppenhoff, Olshausen, Binding, v. Buri, Berner, Meyer. — Janka, das österr. Strafrecht, 1894, S. 235. — Auf demselben Standpunkte steht das Reichsgericht: Erkenntnis vom 26. Febr./5. März 1894 (E. XXV, S. 172): „Nach der in Doktrin und Praxis herrschenden Ansicht erfordert der Thatbestand des Diebstahls im Sinne des § 242 des St.-G.-Bs. ebensowenig die Absicht des Thäters, sich durch unentgeltliche Aneignung der Sache auf fremde Kosten zu bereichern, und obschon in dieser Hinsicht die erwähnten Motive von der entgegengesetzten Ansicht ausgehen, kann darauf bei der Interpretation des Gesetzes entscheidendes Gewicht aus dem Grunde nicht gelegt werden, weil in dessen klarer (?) Fassung jene Absicht nicht den entsprechenden Ausdruck gefunden hat."

Digitized by Google

aber eben nur eine Umgehung, nicht eine Lösung der Schwierigkeit".[1]) Man würde dann allerdings meistens Straflosigkeit des sich Aneignenden annehmen müssen, wenn die weggenommene Sache entweder völlig oder fast wertlos ist oder „doch in dem Kreise der beteiligten Personen als eine fast wertlose, als Sache von keinem Belang behandelt wird."[2]) Anders freilich, wenn ein ausdrückliches Verbot der Aneignung solcher geringwertiger Objekte seitens des Berechtigten vorlag. In diesem Falle halten die Vertreter obiger Theorie den Thatbestand des Diebstahls für erfüllt.

Wenn John[3]) im letzteren Falle die Widerrechtlichkeit des Handelnden deshalb für ausgeschlossen hält, weil es seitens des Berechtigten nicht wohl anständig sei, einem Anderen die Wegnahme derartiger Gegenstände zu verbieten, so können wir eine derartige Begründung für die Straflosigkeit des Thäters nicht billigen, denn „dies hieße nichts anderes, als das Verhältnis von Sitte oder Lebensgewohnheit umkehren."[4]) Sicherlich ist Niemand moralisch verpflichtet, zu dulden, daß ihm ein Anderer einen auch noch so geringwertigen Gegenstand, wie eine Stecknadel, ein Schwefelhölzchen, wegnehme. Die Rechtswidrigkeit der Handlungsweise des Thäters kann zwar in solchen Fällen nicht geleugnet werden, aber es ist doch m. E. der Volksüberzeugung, „dem allgemeinen Rechtsbewußtsein des Volkes, wie Bar a. a. O. S. 1 sagt, zuwider, einen solchen als Dieb zu brandmarken, der in Wahrheit nichts anderes gethan hat, als einer immerhin rechtswidrigen Selbsthilfe, eines formell nicht zu rechtfertigenden Eingriffes in fremdes Eigentumsrecht sich schuldig zu machen". Legen wir uns die Frage vor, ob sich wirklich derjenige, welcher an sich wertlose Sachen, wenn auch rechtswidrig entwendet, derart

[1]) v. Bar in Bödikers Magazin für das deutsche Recht der Gegenwart Bd. IV, S. 18.

[2]) v. Bar S. 3.

[3]) In der Zeitschrift für gesamte Strafrechtswissenschaft Bd. I, S. 264.

[4]) v. Bar S. 4.

Digitized by Google

gegen die Eigentumsordnung vergeht, daß der Staat diese an sich gleichgültigen Handlungen mit Strafe belegen müßte. Zweifellos doch nicht. Die Aufgabe des Staates, insbesondere des Strafrichters kann es doch nicht sein, jede in der Anschauung des täglichen Lebens als Übelthat gekennzeichnete Handlung', sog. „Strohhalmaffairen", wie Merkel (H. H. III S. 634) richtig bemerkt, ‚vor seine Strafrichter zu ziehen'[1]) „Minima non curat praetor", diese altrömische Parömie dürfte auch hier ihre Geltung behalten.

Es bleibt nun noch die Frage offen, ob Sachen, welche im Verkehr völlig wertlos sind, an deren Besitz aber einzelne bestimmte Personen ein großes Interesse haben, m. a. W. ob Sachen mit hohem Affektionswert Gegenstände des Diebstahls sein können. Die Frage müssen wir verneinen. Das Strafrecht ist öffentliches Recht und hat durchaus öffentlichrechtlichen Charakter, auf das Individualinteresse, darauf, ob für den oder jenen eine im allgemeinen für wertlos erachtete Sache großen Wert besitzt, kann das Strafrecht keine Rücksicht nehmen.[2])

Wenn nun das geltende Recht die — gegen das Verbot des Berechtigten verübte — Wegnahme wertloser Sachen mit der Strafe des § 242 des St.-G.-B.'s belegt, so ist damit erwiesen, daß es den Diebstahl als Eigentumsdelikt, nicht als Bereicherungsvergehen auffaßt. Wir aber betrachten den Diebstahl nicht nur als ein gegen das formale Eigentumsrecht gerichtetes Vergehen, sondern zugleich auch als Vermögensdelikt, setzen dabei also nicht nur eine auf Verletzung fremden Eigentums gerichtete Absicht voraus, sondern auch die Absicht,

[1]) Doerr a. a. O. S. 124. — Meyer S. 22: „Die Handlung muß erheblich genug sein, um zum Gegenstand eines Strafverfahrens gemacht zu werden, ferner bestimmt genug hervortreten, um mit Sicherheit festgestellt werden zu können".

[2]) So Doerr S. 153. — Contra: Lehr S. 7. — Wirth: „Ist die Wegnahme einer Sache, um sich für eine Forderung zu befriedigen, Diebstahl? S. 32. — Gebauer S. 10.

Digitized by Google

aber eben nur eine Umgehung, nicht eine Lösung der Schwierigkeit".[1]) Man würde dann allerdings meistens Straflosigkeit des sich Aneignenden annehmen müssen, wenn die weggenommene Sache entweder völlig oder fast wertlos ist oder „doch in dem Kreise der beteiligten Personen als eine fast wertlose, als Sache von keinem Belang behandelt wird."[2]) Anders freilich, wenn ein ausdrückliches Verbot der Aneignung solcher geringwertiger Objekte seitens des Berechtigten vorlag. In diesem Falle halten die Vertreter obiger Theorie den Thatbestand des Diebstahls für erfüllt.

Wenn John[3]) im letzteren Falle die Widerrechtlichkeit des Handelnden deshalb für ausgeschlossen hält, weil es seitens des Berechtigten nicht wohl anständig sei, einem Anderen die Wegnahme derartiger Gegenstände zu verbieten, so können wir eine derartige Begründung für die Straflosigkeit des Thäters nicht billigen, denn „dies hieße nichts anderes, als das Verhältnis von Sitte oder Lebensgewohnheit umkehren."[4]) Sicherlich ist Niemand moralisch verpflichtet, zu dulden, daß ihm ein Anderer einen auch noch so geringwertigen Gegenstand, wie eine Stecknadel, ein Schwefelhölzchen, wegnehme. Die Rechtswidrigkeit der Handlungsweise des Thäters kann zwar in solchen Fällen nicht geleugnet werden, aber es ist doch m. E. der Volksüberzeugung, „dem allgemeinen Rechtsbewußtsein des Volkes, wie Bar a. a. O. S. 1 sagt, zuwider, einen solchen als Dieb zu brandmarken, der in Wahrheit nichts anderes gethan hat, als einer immerhin rechtswidrigen Selbsthilfe, eines formell nicht zu rechtfertigenden Eingriffes in fremdes Eigentumsrecht sich schuldig zu machen". Legen wir uns die Frage vor, ob sich wirklich derjenige, welcher an sich wertlose Sachen, wenn auch rechtswidrig entwendet, derart

[1]) v. Bar in Bödikers Magazin für das deutsche Recht der Gegenwart Bd. IV, S. 18.

[2]) v. Bar S. 3.

[3]) In der Zeitschrift

[4]) v. Bar S. 4.

Digitized by Google

gegen die Eigentumsordnung [illegible]
sich gleichgültigen [illegible]
Zweifellos doch nicht [illegible]
des Strafrichters [illegible]
schauung des [illegible]
Handlung', sog. [illegible]
S. 634) richtig [illegible]
„Minima non [illegible]
dürfte auch hier [illegible]

Es bleibt nun [illegible]
im Verkehr völlig [illegible]
bestimmte Personen [illegible]
ob Sachen mit [illegible]
stahls sein können [illegible]
Strafrecht ist [illegible]
rechtlichen Charakter [illegible]
für den oder jenen [illegible]
Sache großen Wert [illegible]
nehmen.[2])

Wenn nun [illegible]
des Berechtigten [illegible]
der Strafe des § [illegible]
wiesen, daß [illegible]
Bereicherungsvorgehen [illegible]
Diebstahl nicht [illegible]
gerichtetes Vorgehen [illegible]
delikt, setzen [illegible]
Eigentums [illegible]

[illegible]

[2]) [illegible]
erhebl[illegible]

Digitized by Google

sich auf fremde Kosten zu bereichern, m. a. W. das fremde Vermögen zu verringern und sein eigenes ökonomisch (faktisch) zu vermehren.[1])

Wenn nun auch de lege lata die Wegnahme wertloser Gegenstände als Diebstahl im Sinne von § 242 des St.-G.-B.'s bestraft wird, so möchten wir doch de lege ferenda die Beschränkung des Diebstahlsbegriffes auf den Fall der Bereicherung empfehlen.[2])

Bestritten ist ferner, ob die Wegnahme einer Sache gegen Erlegung des vollen Geldwertes derselben (nützlich im Momente der Wegnahme) Diebstahl sei. Nach dem Wortlaut des Gesetzes ist Diebstahl anzunehmen, wenn die Sache gegen Leistung voller Vergütung weggenommen wurde.[1]) Handelt nun aber andererseits der Gläubiger, welcher einem Anderen eine Sache wegnimmt, auf deren Herausgabe bez. Eigentumsübertragung er ein persönliches Recht hat, bez. zu haben glaubt, nicht ebenso rechtswidrig, m. a. W. verletzt er nicht formell das Eigentumsrecht in gleichem Maße, als derjenige,

---

[1]) Anhänger dieser Vermögensdelikttheorie sind: v. Bar, John, Doerr, Ullmann. Pacht „Über das Verhältnis der unerlaubten Selbsthilfe zu den Vermögensdelikten". — Hälschner und Dickel, der Thatbestand des Diebstahls nach deutschem Recht Diss. 1877, sehen den von ihnen geforderten Vermögenswert einer Sache schon darin, daß die entwendete Sache im Eigentume Jemandes steht. Merkel in H. H. Bd. III, S. 661 und Binding, Normen II, S. 851 (nicht in Gr.-A. II, S. 120) sprechen sich für die Aufnahme der „Absicht, sich auf fremde Kosten zu bereichern" aus. — Contra Herbst G.-A. Bd. 30, S. 575.

[2]) Vgl. John a. a. O. S. 267 f: „Läßt sich der Wert der entwendeten Sache nach den Grundsätzen des heutigen Beweisrechts überhaupt nicht schätzen, so liegt, weil keine Vermögensbeschädigung, auch kein Diebstahl vor". — Jhering, Dog. Jahrbücher, Bd. 23, S. 240 ff giebt zu, daß auch an wertlosen Sachen ein Diebstahl begangen werden kann, verlangt aber, daß durch die diebische Handlung das Interesse des Berechtigten verletzt wird. — Vgl. auch Lammasch, Beleidigung und Diebstahl, 1879.

[3]) Die Behandlung derartiger Fälle als Diebstahl steht allerdings mit dem Rechtsbewußtsein des Volkes wenig in Einklang; auch ihre praktische Bedeutung dürfte wohl keine große sein.

Digitized by Google

welcher sie wegnimmt gegen Hinterlegung ihres vollen Wertes? Die Zueignung ist doch in beiden Fällen gleich rechtswidrig. Und doch wird im letzteren Falle die rechtswidrige Zueignung und damit Diebstahl geleugnet, weil der Thäter hier einen persönlichen Anspruch auf die Sache habe, während ersteren Falls eine Verurteilung wegen Diebstahls eintritt. Allerdings trägt die Wegnahme den Charakter der Rechtswidrigkeit an sich, aber von einem Diebstahl kann doch keine Rede sein, da es dem Thäter doch zweifellos an der Absicht der rechtswidrigen Zueignung fehlt. „Es bleibt somit ein Widerspruch,[1]) im ersten Falle rechtswidrige Zueignung, darum Diebstahl, anzunehmen, während sie bei der Wegnahme der Sache, auf die der Thäter ein Recht hat, geleugnet wird."[2])

Nicht unter den Diebstahlsparagraphen zu subsumieren ist unseres Erachtens auch die Wegnahme einer fremden Sache, um sich für eine Forderung zu befriedigen. Wir befinden uns damit allerdings in einem Gegensatze zu der herrschenden Ansicht, welche in solchen Fällen Diebstahl annimmt.[3]) In neuerer Zeit hat sich Wirt in seiner oben zitierten Dissertation eingehend mit der Frage beschäftigt und die herrschende Meinung zu begründen versucht. Er unterscheidet S. 36 zwei Fälle: a) den, daß die Forderung auf dieselbe konkrete Sache geht, welche zur Befriedigung weggenommen wird, und b) den, daß die Forderung auf eine andere Sache als die

[1]) Hälschner a. a. O. II. 1.

[2]) Vgl. v. Bar S. 5, N. 1: Das Argument, daß solche Handlungen doch nicht erlaubt sein können, beweist für die Annahme eines Diebstahls lediglich nichts. Für den Berechtigten ist doch durch die civilrechtliche Vindikation u. s. w. ziemlich ausgiebig gesorgt, und gefahrdrohend für die allgemeine Rechtssicherheit sind dergl. Fälle gewiß nicht. — Vgl. auch Doerr S. 225.

[3]) Das Reichsgericht zeigt in der Entscheidung dieser Frage eine merkwürdige Unsicherheit. In seinem Urteil vom 26. Februar bis 5. März 1894 (E. XXV, S. 172) nahm der oberste Gerichtshof Diebstahl an, während er in einem ganz ähnlichen Falle (E. II, S. 184) den Thäter von der Anklage des Diebstahls bez. Raubes freisprach.

Digitized by Google

weggenommene gerichtet ist. Nach Wirt ist nur der erste Fall nicht als Diebstahl anzusehen und zwar deshalb nicht, weil, wie er ausführt, bei der eigenmächtigen Besitzergreifung allerdings eine rechtswidrige Wegnahme vorliege, die Zueignung derselben Sache, worauf die Forderung bestehe, aber keine rechtswidrige sei, da es sich ja um Erfüllung eines Rechtsanspruchs handle und der herbeigeführte Zustand dem vom Rechte gewollten entspräche.

Die Begründung Wirts, womit er diese Fälle vom Diebstahl ausnimmt, ist zweifellos richtig.

In den anderen Fällen wird Diebstahl angenommen, weil hier der Thäter eine fremde Sache, auf die er in concreto kein Recht hat, in der angeblichen Absicht rechtswidriger Zueignung wegnimmt, mithin unberechtigter Weise aus dem Vermögen des Anderen seine Befriedigung sucht.

Diese Ansicht Wirts, die auch diejenige der herrschenden Theorie ist, können wir als zutreffend jedoch nicht erachten. Mag auch in solchem Falle die Wegnahme rechtswidrig und unerlaubt sein, die Zueignung ist es nicht im Hinblick auf das Forderungsrecht des Thäters, da es sich hier gleichfalls, wie in dem oben angeführten Falle, um Erfüllung eines Rechtsanspruchs handelt — wenn auch nicht eines Anspruchs auf die konkrete Sache — und der herbeigeführte Zustand — daß nämlich die Schuld getilgt ist — dem vom Rechte gewollten ebenfalls entspricht. Oder sollte vielleicht das Recht nicht wollen, daß Forderungsrechte befriedigt, Schuldverbindlichkeiten erfüllt werden? Doch gewiß! Die bloße Form aber der Verwirklichung eines Anspruchs — mag sie auch eine unrechtmäßige sein — kann eine rechtmäßige Erfüllung einer Rechtsverbindlichkeit nicht zu einer rechtswidrigen machen.

Übrigens kommt es dem Thäter gewiß gar nicht so sehr auf die konkrete weggenommene Sache, als vielmehr darauf an, sich nur irgend ein geeignetes Sicherungsmittel zu verschaffen, das ihn in den Stand setzt, sich bei etwaiger Nichtbefriedigung für seine Forderung zu decken. Denn wird später

Digitized by Google

der Gläubiger von seinem Schuldner anderweit befriedigt, so wird er sicherlich zur Restitution der weggenommenen Sache bereit sein. Würde er aber trotz dieser Befriedigung die Herausgabe der Sache verweigern, dann allerdings würde er sich einer Unterschlagung im Sinne von § 246 des St.G.B's. schuldig machen.

Wenn nun die herrschende Meinung die rechtswidrige Zueignung in dem Falle, wo die Forderung auf eine andere Sache als die weggenommene gerichtet ist, bejaht und eben diese Meinung den Begriff der Rechtswidrigkeit dahin auslegt, daß „rechtswidrig" soviel bedeute, als „wider den Willen des Berechtigten", so ist es schlechterdings nicht abzusehen, weshab nicht auch im andern Falle, wo die Forderung auf dieselbe konkrete Sache geht, welche zur Befriedigung weggenommen wird, rechtswidrige Zueignung von der herrschenden Meinung für vorliegend erachtet wird. Auch hier geschieht die Zueignung gewiß gegen den Willen des Berechtigten, mithin ebenso rechtswidrig wie im ersten Falle. „Was aber dem Einen recht ist, ist dem Andern billig", sagt ein altes deutsches Sprüchwort. Es ist mithin eine nicht zu rechtfertigende Inkonsequenz der herrschenden Meinung, im zweiten Falle rechtswidrige Zueignung anzunehmen und eben diese Rechtswidrigkeit im ersten Falle zu leugnen.

Wir können in dem einen, wie in dem anderen Falle die subjektive Rechtswidrigkeit — die Absicht rechtswidriger Zueignung —, wie schon oben angeführt, für vorliegend nicht erachten, wenn wir auch in allen diesen Fällen die objektive Rechtswidrigkeit nicht leugnen wollen.

Unserer Ansicht nach begeht der Thäter in den Fällen sub b. keinen Diebstahl im Sinne von § 242 des St.-G.-B's, sondern nur eine unerlaubte Selbsthilfe,[1]) die nach der gemeinen Meinung nicht dem Diebstahl zuzurechnen, sondern — straflos ist. Soviel aber steht fest, — mag man sich auf

[1]) Vgl. Meves in Goltd. Arch. Bd. 46, S. 172fg.

Digitized by Google

den Boden der Eigentumsdeliktstheorie stellen oder Anhänger der Vermögensdeliktstheorie sein —, daß derjenige, der unerlaubte Selbsthilfe übt, ebenso wie der, welcher berechtigte Selbsthilfe bethätigt, jedenfalls nicht in der Absicht rechtswidriger Zueignung handelt. Will doch der Selbsthilfeübende sogar selbst ein Recht durchsetzen! Wer aber ein Recht realisieren will, handelt nicht in rechtswidriger Absicht, mag auch die Handlung, die äußere Form der Rechtsverwirklichung, den Charakter objektiver Rechtswidrigkeit tragen und zu civilrechtlichem Schadensersatz verpflichten.

Natürlich kann in gewissen Fällen die Selbsthilfe den Thatbestand eines besonderen Delikts — des Diebstahls, der Unterschlagung — erfüllen, immer aber wird die Absicht des Handelnden das maßgebende Moment sein und zu richtiger juristischer Beurteilung des Falles führen.[1])

Bestritten ist endlich noch, ob der sog. Futterdiebstahl[2]) nicht den vollen Thatbestand des § 242 des St.-G.-B's erfülle. Die Frage wird von der herrschenden Ansicht verneint, weil die rechtswidrige Zueignung bez. die Absicht einer solchen bei § 370 Ziff. 6 nicht vorliege.[3]) Wenn nun aber die herr-

---

[1]) Pacic a. a. O. S. 36. Derselbe S. 30: „Insbesondere ergiebt sich der Unterschied der Selbsthilfe vom Diebstahl, mit dem sie in ihrer äußeren Erscheinung verwandt ist und übereinstimmen kann, leicht, wenn man den charakteristischen animus, welchen die Selbsthilfe voraussetzt, festhält." — Vgl. auch v. Bar a. a. O., S. 8, N. 1. Doerr S. 198 f und die dort zitierte Litteratur. — Dernburg, Pandekten § 123, S. 298, N. 13 sagt: „Eine diebische Absicht muß vorhanden sein, wenn ein Diebstahl angenommen werden soll. Wer nur Selbsthilfe beabsichtigt, hat sie nicht".

[2]) § 370 bestimmt: „mit Geldstrafe bis zu 150 Mark oder mit Haft wird bestraft 6) wer Getreide oder andere zur Fütterung des Viehes bestimmte oder geeignete Gegenstände wider Willen des Eigentümers wegnimmt, um dessen Vieh damit zu füttern.

[3]) Vgl. A. Schwarze, der sog. Futterdiebstahl: „Keine Absicht der rechtswidrigen Zueignung ist die Absicht, die Sache in dem Nutzen des Eigentümers selbst zu verwenden, die sich vielmals nur als die Absicht einer rechtswidrigen Verfügung über die Sache darstellt".

Digitized by Google

schende Ansicht die Zueignung als eine dolose rechtswidrige Verletzung eines fremden Eigentumsrechtes auffaßt, „als eine Verfügung über die Sache mit Ausschluß des Berechtigten, wie solche nur dem Eigentümer zusteht“ [1]), so ist es allerdings, wie Dickel S. 58 ganz richtig betont, nicht abzusehen, warum es kein Diebstahl sein sollte, wenn der Pferdeknecht seinem Herrn doloserweise Futter wegnimmt, um dessen Vieh damit zu füttern. Denn bleibt gleich die Sache im Vermögen des Herrn, so hört sie doch auf, als solche zu bestehen, das abstrakte Eigentumsrecht wird verletzt. Es liege in einem solchen Falle, wie Ullmann a. a. O. S. 80 mit Recht bemerkt, „eine Verletzung fremder Eigentumsrechte in ihrer formalen Erscheinung“ vor und dem Thäter fehle es in den Fällen des § 370 Ziff. 6 an dem Diebstahlsdolus in Wahrheit nicht.

Wenn nun aber dieser an sich unter § 242 des St.-G.-B's zu subsumierende Fall des sog. Futterdiebstahls nicht als Diebstahl, sondern als Übertretung nach § 370 Ziff. 6 milder bestraft wird, so kann die Bestimmung dieses Paragraphen — ebenso wie die des § 370 Ziff. 5 — ihre Entstehung nur dem Gedanken verdanken, daß man entweder die Strafe des § 242 für derartige im täglichen Leben so häufig vorkommende Fälle zu hoch fand oder daß man Vermögensbeschädigung auf der einen und Bereicherungsabsicht auf der anderen Seite forderte.[2]) Faßt man nun die Zueignungsabsicht in letzterem Sinne auf, dann allerdings ist der sog. Futterdiebstahl kein

[1]) Doerr S. 170.

[2]) Vgl. Hälschner, Strafrecht S. 302f: „Nicht weil die rechtswidrige Zueignung mangelt, sondern nur deshalb liegt kein Diebstahl vor, weil das weggenommene Futter wieder in das Vermögen des Eigentümers verwandt wurde, darum die vom Gesetz beim Diebstahl als erforderlich vorausgesetzte Vermögensbeschädigung mangelt“. — Dickel a. a. S. 58f: „Nur daraus läßt sich § 370, 6 erklären, daß man annimmt, zum Diebstahl gehöre Bereicherung auf fremde Kosten, die unentgeltliche Zueignung“. — Merkel (in H. H. III, S 652) steht gleichfalls auf diesem Standpunkte.

Digitized by Google

Diebstahl im Sinne des § 242 des St.-G.-B's, und zwar deshalb nicht, „weil die Absicht nicht, wie Doerr S. 170 betont, auf eine mit der Vermögensbeschädigung korrespondierende Vermögensbereicherung gerichtet ist." Sollte dies aber zutreffen, z. B. wenn der Knecht oder Dienstbote den Unterhalt der Tiere seines Herrn gegen eine Vergütung selbst zu bestreiten hat, so würde auch der sog. Futterdiebstahl zum wirklichen Diebstahl werden.[1])

[1]) v. Bar S. 21 sub 6.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

-. ls + wk

Digitized by Google

Digitized by Google